

سرشناسه	قربانیان ، نگیسا، ۱۳۷۴-
عنوان قراردادی	ایران. قوانین و احکام .Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	بررسی نظم عمومی درارتباط با ازدواج در حقوق ایران/ تالیف نگیسا قربانیان
مشخصات نشر	تهران: یافته ، ۱۴۰۴.
مشخصات ظاهری	ع، ۱۴۵ص.
شابک	978-622-8554-72-3
وضعیت فهرست نویسی	فیپا
یادداشت	کتابنامه: ص. ۱۴۳ - ۱۴۵.
موضوع	زناشویی -- قوانین و مقررات -- ایران Marriage law -- Iran حقوق خانواده -- ایران Domestic relations -- Iran قانون مدنی -- ایران Civil law -- Iran نظم عمومی (حقوق) -- ایران Public policy (Law) -- Iran
رده بندی کنگره	KMH۵۴۲
رده بندی دیویی	۵۵۰۱۶/۳۴۶
شماره کتابشناسی ملی	۱۰۰۸۵۵۷۵
اطلاعات رکورد کتابشناسی	فیپا

بررسی‌نظم عمومی درارتباط
با ازدواج در حقوق ایران

تالیف:

نگیسا قربانیان

شناسنامه کتاب

بررسی نظم عمومی درارتباط با ازدواج

در حقوق ایران

ناشر: یافته، تهران

نویسنده: نگیسا قربانیان

طراحی جلد: امین حیدری

صفحه‌آرایی و ویراستاری: روح اله لعلی

چاپ و صحافی: مؤسسه مهراد

نوبت چاپ: اول(بهار ۱۴۰۴)

شابک: 3-72-۸۵۵۴-۶۲۲-۹۷۸

شمارگان: ۱۰۰

مرکز پخش: تهران،انقلاب،خیابان وحید نظری، پلاک ۸۵،طبقه ۴ واحد7

راه های ارتباطی:

۰۹۳۹۴۳۶۷۶۳۶

۰۲۱۹۱۶۹۴۲۵۷



Www.yaftehpub.ir
yaftehpub@gmail.com
Telegram: yaftehpub۱

تقدیم به:

خانواده عزیزم

برای تمامی زحماتی که برایم در طول دوران تحصیل کشیدند.

پیشگفتار

هدف از این کتاب جلب نظر صاحب نظران حقوق ، بدون تعصب و تضارب آراء و در نتیجه رسیدن به دیدگاه های تازه و در نهایت هموار کردن مسیر تدوین قوانین تازه در رابطه با نظم عمومی و حقوق خانواده است. در کتاب حاضر برآنیم با اشاره به معنای و مفهوم ادبی و حقوقی، به شناسایی گسترده نظم عمومی در متون گوناگون پرداخته به جنبه های گوناگون حقوقی آن اشاره کنیم.. کتاب حاضر نشان می دهد که مباحث مربوط به حقوق خانواده صرفاً جنبه حقوقی ندارد و به دلایل گوناگون با مسائل دینی، اخلاقی و اجتماعی آمیخته است. ماهیت خانواده به گونه ای است که تنظیم روابط میان اعضای آن بسیار بیشتر از سایر قوانین در گرو آموزه های دینی و اخلاقی است و از این رو دخالت بیش از حد دولت و قوانین موضوعه را بر نمی تابد با این حال در بسیاری از موارد به جهت وجود نظم عمومی حاکم در جامعه افراد محدود به رعایت مواردی هستند که قانونگذار پیش بینی نموده است. نتایج به دست آمده نشان دهد که نقش خانواده در تأمین امنیت و نظم موجود در جامعه از اهمیت زیادی برخوردار است. از این رو، اسلام با هدف تأمین سلامت و سعادت جامعه شرایطی را برای تشکیل خانواده و انحلال آن تعیین کرده تا از این طریق ضامن سلامت جامعه باشد اما با این حال آنچه امروزه شاهد آن هستیم تضعیف بنیادهای خانواده و انحلال آن و افزایش مفاسد و انحرافات اجتماعی در جامعه می باشد. در این راستا ایجاد امنیت در تمامی ابعاد آن یکی از اهداف قانونگذاری می باشد.

نگارنده ۱۴۰۲

فهرست مطالب

عنوان **صفحه**

فصل اول: بیان مفاهیم و تعاریف

-

فصل دوم:جایگاه نظم عمومی در حقوق ایران

فصل سوم:جایگاه نظم عمومی در ازدواج

فصل چهارم:جایگاه نظم عمومی در انحلال ازدواج

فصل پنجم:نتیجه گیری و پیشنهادها

کلیات تحقیق

مقدمه

نظم عمـومی از مهـم تـرین نهـاد هـای حقـوقی اسـت کـه در نظـام حقـوقی تمـام کشـورهای جایگـاه ویـژه ای دارد. این نهـاد رابطـه بسـیار تنگـاتنگی بـا منـافع اجتمـاع دارد و حتـی بسـیاری از حقوقـدانان در تعریـف نظـم عمومی آن را به منافع جامعه تعریف کـرده انـد. از آن جـایی کـه منـافع از مفـاهیم نسـبی بـوده و تغییـر زمـان و مکان باعث تغییر مفهوم آن می گـردد از همـین رو ماهیـت نظـم عمـومی نیـز امـری متغییـر و نسـبی جلـوه گـر می شود که قلمرو آن با توجـه بـه تغییـرات شـرایط اجتمـاعی و اقتصـادی، گسـترده و تنـگ مـی شـود و همـین نسـبی بـودن ماهیـت آن، باعـث اخـتلاف نظرهـای فراوانـی راجـع بـه تعریـف، مبنـا و قلمـرو نظـم عمـومی گردیده است. می توان گفت یکـی از مهـم تـرین و اساسـی تـرین مصـداق هـای نظـم عمـومی برقـراری نظـم و امنیت در جامعه است و یا جلوگیری از هرگونه هرج و مرج، تخلفات و جرایم است.

الف) پرسش اغازین

نظم عمومی از مهم ترین نهاد های حقوقی است که در نظام حقوقی تمام کشورهای جایگاه ویژه ای دارد. این نهاد رابطه بسیار تنگاتنگی با منافع اجتماع دارد و حتی بسیاری از حقوقدانان در تعریف نظم عمومی آن را به منافع جامعه تعریف کرده اند. از آن جایی که منافع از مفاهیم نسبی بوده و تغییر زمان و مکان باعث تغییر مفهوم آن می گردد از همین رو ماهیت نظم عمومی نیز امری متغییر و نسبی جلوه گر می شود که قلمرو آن با توجه به تغییرات شرایط اجتماعی و اقتصادی، گسترده و تنگ می شود و همین نسبی بودن ماهیت آن، باعث اختلاف نظرهای فراوانی راجع به تعریف، مبنا و قلمرو نظم عمومی گردیده است. می توان گفت یکی از مهم ترین و اساسی ترین مصداق های نظم عمومی برقراری نظم و امنیت در جامعه است و یا جلوگیری از هرگونه هرج و مرج، تخلفات و جرایم است.

نظم عمومی در اغلب موارد منطبق برقانون است. با این نگرش نظم عمومی مفهومی است که بی شک همزاد آزادی است. هر چیزی که زاده می شود در ظرفی مناسب خود زاده می شود. ظرفی که هم محافظ آن است و هم مرزهای آن را مشخص می کند و به آن عینیت می بخشد.

پذیرش اصل آزادی به معنای نفی حاکمیت قانون نیست، بلکه به این معناست که قانون‌گذار به جهت نتایج عملی، احترام به تراضی افراد را پذیرفته است تا آزادی به عنوان یک اصل تلقی شود. لذا دیده می‌شود که

قانون‌گذار در ماده ۱۰ قانون مدنی تراضی حاصل از آزادی را تا جایی نافذ و محترم می‌شمارد که مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و در مادّهٔ ۹۷۵ همان قانون، محاکم را موظف دانسته است تا از اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه جلوگیری نماید.

بنابراین، مبنای اصل آزادی، منافع و مصالح عمومی است. زیرا خرد عمومی با آزمون و خطاهای بسیار، سرانجام دریافته است که آزادی قراردادی سبب می‌شود که روابط مالی و غیر مالی مردم به صورت عادلانه تنظیم شود. از این رو، حقوق به جای وضع قاعده در هر رابطه، تراضی اشخاص را با هم، دارای اثر حقوقی می‌داند. بر این اساس، اصل آزادی، ابزاری در خدمت مصالح و منافع اجتماعی است؛ به این معنا که ارادهٔ فردی در خدمت شکل‌گیری حقوق جمعی است، نه اینکه حقوق کارگزار ارادهٔ فردی باشد. در صورتی که نتوان از اصل آزادی استفاده مطلوب کرد، عقل حکم می‌کند که محدود شود. لذا امروز در اکثر سیستمهای حقوقی شاهد آنیم که به استناد مخالفت با قانون آمره و یا اخلاق حسنه و یا نظم عمومی، از اجرا یا انعقاد قرارداد ممانعت می‌شود. این سه عامل، آزادی انسان را در انعقاد پیمان محدود می‌سازد.

به نظر نمی‌رسد، تحدید آزادی به مرز مخالفت با نظم عمومی، با عدالت تعارض و تنافی داشته باشد، ولی نسبی بودن مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه و تعاریف و تفسیرهای گوناگون از آن دو، دغدغه‌هایی ایجاد می‌کند که نکند از این طریق عدالت پایمال گردد. اگر بر رفتار دولتها و جوامع نظری افکنده شود، به روشنی درک خواهد شد که در اکثر کشورها دخالت روز افزون دولتها در امور اقتصادی سبب شده است تا مفهوم نظم عمومی گسترش یابد و به همان میزان آزادی افراد در انعقاد قراردادها کاسته شود. قانون بسیاری از قراردادها را باطل اعلام می‌نماید و یا شرایط ناخواسته‌ای را بر طرفین تحمیل می‌کند، تا حدی که برخی از حقوقدانان «انطباق عقد با ضرورتهای اجتماعی و نظم عمومی» را بر جملهٔ شرایط اساسی صحت عقد افزوده‌اند.

در زمینه جایگاه نظم عمومی در ازدواج و همچنین در انحلال آن باید اذعان داشت که، ازدواج تأسیس حقوقی ویژه ای است که بر مبنای رابطه عاطفی و جنسی مرد و زن با زندگی قانونمند در جوامع مختلف به وجود آمده است. بر طبق قواعد حاکم در این زمینه،اشخاص در انتخاب همسر آزادی کامل دارند اما به جهت تأسی قواعد شکلی و ماهوی مذهبی این انتخاب در چهارچوب های خاصی قرار گرفته است و لذا حقوق در بسیاری از موارد حاکمیت اراده افراد را در این موارد محدود می نماید، این مقرّرات بعضاً چنان از نظر مقنن واجد اهمّیت بوده که تخطی از آنها را ممنوع اعلام نموده است و در بعضی از موارد حتی برای آن، ضمانت اجرایی مقرر نکرده است. از

سوی دیگر ازدواج به عنوان یک عقد مستلزم اراده طرفین بوده و در طلاق علاوه بر اراده تشریفاتی نیز قائل شده است،ترکیب اراده و مقرّرات عمومی این تردید را در مباحث حقوق مدنی از یک طرف و قوانین دیگر از طرف دیگر ایجاد نموده است که چگونه میتوان بین نظامات قانونی و اراده طرفین در این قضیه هماهنگی ایجاد نمود.

ازدواج و طلاق عقودی هستند که دارای طبیعت و ماهیتی متفاوت از سایر عقود دیگر هستند. اگرچه انجام ازدواج و طلاق با تراضی طرفین است اما همیه آثار آن را ایجاد نمی کنند. خانواده سالم، پایه گذار اجتماعی سالم است، لذا واگذار نمودن شرایط و مقررات آن به صرف توافق طرفین قرارداد، مخالف نظم و مصلحت عمومی است و مقنن با پیشرفت جوامع، ناگزیر احکام آمره خود را بر توافق زوجین سایه گستر می کند.

ب) پیشینه

ضرورت مطالعه‌ی پیشینه‌ی تحقیق به عنوان گام نخست در تهیه و تدوین طرح‌های پژوهشی امری بدیهی است، زیرا ضمن استفاده از دستاوردهای علمی از موازی کاری نیز اجتناب می‌شود. با توجه به اینکه تا کنون پژوهشی مبنی بر **بررسی نظم عمومی در ارتباط با ازدواج در حقوق ایران** انجام نشده است لذا در راستای موضوع تحقیق تا کنون پژوهش‌هایی به عمل آمده و آثاری سامان گرفته است که اهم آن به شرح ذیل می‌باشد:

*** کتب**

- صفایی، سید حسین. امامی، اسدالله، ۱۳۸۸. **مختصر حقوق خانواده**، انتشارات میزان، چاپ هجدهم، تهران.
- صفایی، سید حسین،۱۳۸۲. **دوره مقدماتی حقوق مدنی:قواعد عمومی قراردادها**، جلد اول، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران.
- احمدی واستانی، عبدالغنی،۱۳٤۱. **نظم عمومی در حقوق خصوصی**، انتشارات ابن سینا، چاپ اول، تهران.
- امامی، سید حسن،۱۳۸٤. **حقوق مدنی**، جلد های٤ و ٥، انتشارات اسلامیه، چاپ هجدهم، تهران.
- انصاری، مرتضی،۱۳۷۲. **کتاب ازدواج**، جلد اول، انتشارات لجنه التحقیق، چاپ اول.
- حائری شاهباغ، سید علی،۱۳۷٦. **شرح قانون مدنی**، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، تهران.
- رودیجانی، محمد مجتبی،۱۳۹۰. **وکالت در طلاق**، انتشارات کتاب آوا، چاپ سوم، تهران.
- شمس الدین، محمد جعفر،۱۳۹۱. **فقه تطبیقی:ازدواج و طلاق در مذاهب پنج گانه اسلامی**، ترجمه محمد رضا واحدی، انتشارات خرسندی، چاپ اول، تهران.

در ادامه به اختصار به تعدادی از مقالات نگارش شده در این حوزه می‌پردازیم:

❋ مقالات

- نوین، پرویز،۱۳۸٦. **نظم عمومی در حقوق**، فصلنامه کانون وکلاء، شماره صدو نودو دو.
- میر شمسی، فاطمه،۱۳۸۷. **شروط ضمن عقد ازدواج(بررسی و مقارنه مواردی از آن در فقه امامیه و اهل سنت)**، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره یک.
- هدایت نیا، فرج الله،۱۳۸۵. **اشتغال زنان و مصلحت خانواده در قانون مدنی**، نشریه مطالعات راهبردی زنان، شماره سی و چهار.
- قاسم زاده، سید مرتضی،۱۳۷۹. **اثر حقوقی خواستگاری و ضمانت اجرای آن**، فصنامه دیدگاه های حقوقی قضایی، شماره بیست.
- صالحی، محمد،۱۳۸۱. **مباحثی ار حقوق خانواده(شرح و تفسیر موادی از قانون مدنی)**، ماهنامه دادرسی، شماره سی و دو.
- رانشاهی، علیرضا،۱۳۹۰. **بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بررای داوری**، مجله حقوقی بین الملل، شماره چهل و چهار.
- اسدی، لیلا،۱۳۸۲. **آثار حقوق طلاق به در خواست زوج**، ماهنامه فقه و حقوق خانواده، شماره بیست و نه.

ج)اهمیت موضوع

با توجه به رشد روزافزون علم و آشنایی افراد به حقوق و آزادی های فردی و اجتماعی، افراد بیش از پیش احساس آزادی در انجام اموری همچون ازدواج و طلاق می نمایند، اما این آزادی در پاره ای از موارد با ممنوعیت قانونی مواجه است و قانونگذار با توجه به مصالح کشور و مبانی فقهی و شرعی قوانین، محدودیت هایی برای افراد پیش بینی کرده است. متأسفانه با وجود اهمیت بسیار زیاد مفهوم نظم عمومی در سامان بخشی به نظام حقوقی و نیز تحدید آزادی های شهروندان، از سالیان دور در خصوص موضوع مهمی چون وجود یا عدم وجود تعریف نه تنها اتفاق نظری بین صاحب اندیشه ملاحظه نمی شود، بلکه دو گروه مخالف و موافق ارائه تعریف، با استناد به ادله گوناگون سعی در اثبات حقانیت نظر خود دارند.

فصل اول
بیان مفاهیم و تعاریف

۱-۱- تعاریف

۱-۱-۱- تعریف نظم عمومی

یکی از مفاهیم بنیادینی که در علم حقوق واجد آثار مهم، اما مبهمی است، مفهوم نظم عمومی است. این مفهوم هرچند دارای آثار و تبعات گوناگونی در رشته های مختلف حقوقی است؛ اما هیچ گاه به طور خاص مورد تعریف دقیق قرار نگرفته است. نظم عمومی از قواعد محدودکننده آزادی اراده است که در کلیه نظامهای حقوقی، از جایگاه ویژه و قابل تاملی برخوردار است.

تعریف لغوی نظم عمومی این واژه مرکب از دو بخش(نظم) و (عمومی) است. نظم به معنی قرار گرفتن هر چیز در جای خود است و عمومی دلالت بر شمول و فراگیری، نقطه مقابل خصوصی است؛

نظم عمومی در اصطلاح، شرایطی است که در آن انضباط اجتماعی حاکم و همه چیز چنانچه بایسته است، در جای خود (بر مدار قانون) مستقر گردیده است. نظم عمومی رابطه مستقیمی با منافع عمومی دارد. وجود نظم در جامعه از مستقلات عقل عملی و مورد قبول هر عاقلی است.

روابط میان مردم با یکدیگر و یا روابط مردم با دولت را از حیث گستره به دو دسته می‌توان تقسیم کرد:

۱- ارتباطات یا تعهداتی که قلمرو شخصی دارند مانند معاملات خصوصی روزانه افراد.

۲- ارتباطاتی که قلمرو فرا شخصی را پوشش می‌دهد مانند ارائه خدمات عمومی

در هر دو جنس ارتباط، نظم عمومی سایه‌گستر است.

وضع قواعد و مقررات موضوعه، تدبیر بایسته ای است که حاکمیت برای نهادینه سازی نظم عمومی در هر دو حوزه ی مورد اشاره بدان مبادرت می ورزد. جامعه باید روی ریل از پیش تعیین شده ای حرکت کند تا بتوان به آن جامعه منضبط اطلاق کرد.

به لحاظ دشواری عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی، گروهی از حقوقدانان از جمله دکتر نوین معتقد بر عدم امکان ارائه تعریف از این مفهوم بوده و از تعریف آن صرف نظر نموده اند (نوین،۱۳۸۶،ص۲۳) و گروهی دیگر همچون مرسلی به استناد این که اصولاً قلمرو حقوق خصوصی، قلمرو آزادی اراده است و با توجه به اصل آزدادی اراده، ضروری است که موارد تحدید کننده آن به حداقل برسد و از آنجایی که نظم عمومی یکی از مهم ترین موارد تحدید کننده اراده آزاد طرفین است، معتقد به لزوم ارائه تعریف از نظم عمومی بوده و تعریفی ارائه می دهد که «نظم عمومی در حقوق داخلی یعنی قواعد و مقررات آمره، به طوری که افراد نمی توانند از اجرای آن سرپیچی

نمایند و خلاصه مخالفت با نظم عمومی در حقوق ایران عبارت است از نقض مقررات آمره». (مرسلی، ۱۳۸۱، ص۱۰)

در این نکته که نظم عمومی، قابل تعریف است یا خیر اختلاف می باشد و دانشمندان حقوق را از این لحاظ می توان به دو دسته تقسیم بندی نمود:

مخالفین معتقدند که نظم عمومی را نمی تواند تحت فرمول کلی و واحدی تعریف شود و با همان تعریف در همه جا و همهٔ موارد به کار رود، بلکه این یک مسئله مصداقی است. قانون به نحو کلی از آن نام برده اما در عمل، باید به مقتضای هر مورد آنرا تشخیص دهند. کاهن اظهارنظر میکند که « نظم عمومی فاقد مبنی و اساس است و نمیتوان از پیش گفت که آیا فلان مسئله، مربوط به نظم عمومی است یا نه بلکه باید در هر مسئله ای را در مورد و زمان خودش با توجه به اوضاع و احوال روشن ساخت.» (بیودانت به نقل از احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۳۲)

موافقین تعریف این تأسیس همچون سیمون در مقام تعریف مفهوم مذکور برآمده و تلاش بر آن کرده اند که ماهیت آن را به نحو قاطعی بشناسانند. البته این گروه از نظریه واحدی پیروی نکرده اند بلکه ذوق و مشرب خاص هر یک یا چند نفر موجب گوناگونی تعاریف و اختلاف عقاید گردیده است.به بررسی دونظریه نوعی و نظریه شخصی می پردازیم:

نظریه نوعی: عصاره این نظریه این است این است که نظم عمومی، نتیجه ارتباطات طبیعی اشیاء و اعضاء جامعه بوده و امور تکوینی است که در جهان مادی موجودند. حقوق چنین نظمی را به وجود نیاورده بلکه قوانین و مقررات حقوقی فقط ضامن حفظ نظامی هستند که مستقلاً و طبیعتاً در خارج وجود دارند. به همین مناسبت بعضی از مولفین آن را به نظم عمومی مادی یا خارجی تعبیر کرده اند.این گفته به نظریه حقوق طبیعی بسیار نزدیک است و با این ترتیب میتوان گفت که نظم عمومی، یکی از اصول حقوق طبیعی محسوب میگردد. (مولدوان به نقل از احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۳۳)

واضح است که طبق این تئوری مراد از نظم عمومی همان نظمی است که در اجتماع بحسب اقتضای طبیعت زندگانی جمعی وجود دارد.

نظریه شخصی: مطابق این نظریه مراد از نظم عمومی آن نظم مادی و خارجی یا طبیعی است که در جامعه وجود دارد نیست بلکه مقصود نظمی است که در اثر قواعد و مقررات حقوق، در جامعه به وجود آمده و باید محفوظ بماند.وجود نظم عمومی بسته به یک سلسله اصول و افکار راجع به منافع کل جامعه به نحوی که اگر در آن اصول

و افکار از بین بروند دیگر برای نظم عمومی مصادیقی وجود نخواهد داشت. طرفداران نظریه شخصی نظم عمومی را در درون قلمرو و ذات حقوق تصور میکنند و گاهی آن را با نظم حقوقی و اخلاقی یا معنوی موسوم ساخته اند و منظورشان از نظم عمومی اخلاقی یا معنوی نظمی اعتباری است یعنی نظمی که با اعتبار حقوق موضوعه به وجود می آید و با تحول مقررات حقوقی تغییر می نماید. (مولدوان به نقل از احمدی واستانی، ۱۳۴۱، ص۳۵)

با این توضیحات می توان این گونه نتیجه گرفت که، مفهوم نظم عمومی یک وسیله اجتماعی است برای کنترل اعمال افراد تا در صورت تجاوز به حریم منافع کل جامعه از آثار آن اعمال جلوگیری شود.به عبارت دیگر، مفهوم مذکور، تضمین اصولی برای صحت اجرای مقررات مربوط به منافع عمومی محسوب می شود.

در خصوص مفهوم اصلی نظم عمومی فقط در این امر اتفاق نظر وجود دارد که این کلمه مفهومی سیال و مبهم است و همواره در حال تغییر و دگرگونی است، لذا تعیین ضابطه ای برای تشخیص آن بسیار دشوار بوده در مجموع نظرات موجود می توان قائل به نسبیت نظم عمومی بود.

یکی از علل این امر که تعریف نظم عمومی از ابهاماتی برخوردار است، آن است که نظم عمومی مساله ای مرتبط با اخلاق، سیاست، اقتصاد و مبانی تمدن حاکم بر یک کشور است و از آنجایی که مبنای این امور در جوامع دیگر ممکن است متفاوت باشد، به تبع آن مفهوم و مصادیق نظم عمومی از کشور ی با کشور دیگر نیز مختلف است. این نسبیت نه تنها نسبیّت مکانی است، بلکه نسبیّت زمانی نیز هم هست، بدین معنا که در یک کشور مفهوم و مصداق نظم عمومی در هر دوره زمانی دگرگون می شود؛ بنابراین ضابطه مستقر و ثابتی برای شناخت این مفهوم در دست نیست.

۱-۱-۲- تعریف حقوق خانواده

حقوق؛ حق در لغت دارای معانی گوناگون؛ از جمله: درستی، ثبوت، وجوب، عدل و داد، حکم مطابق با واقع و امر ضروری به لحاظ اخلاق آمده است. اگر معانی متعدد، متباین باشند؛ حق، مشترک لفظی است، و چنانچه این معانی مصداق معنای واحد باشند؛ حق، مشترک معنوی خواهد بود.

در علوم مختلف، معنای اصطلاحی حق، متفاوت است. یکی از معانی حق در علم حقوق، امتیاز و توانایی است که جامعه برای اعضای خود به وجود می‌آورد، مانند: حق مالکیت، حق زوجیت، حق ابّوت، حق بنوّت و .. .

مجموعه قوانین و مقرراتی اطلاق می شود که ناظر به تنظیم روابط خانواده است. حقوق خانواده شامل سه بخش مهم است: ازدواج، طلاق و روابط والدین با فرزندان. مباحثی مانند مهریه زوجه و نفقه همسر در بحث ازدواج و مباحث جدایی و طلاق و فسخ ازدواج در بخش دوم (طلاق) و مباحث مربوط به نَسَب، قرابت، نفقه اقارب، حضانت طفل و فرزند خواندگی در بخش سوم قرار دارد.

حقوق خانواده در وهله اول باید به بهبود کنشهای اجتماعی و تقویت ارزشهای اخلاقی در خانواده کمک کند. تعریف استانداردهای رفتاری توسط قانون‌گذار می‌تواند در این جهت کارآمد باشد. احترام قانون‌گذار به دو جنس مرد و زن، ایجاد تعادل در حقوق و تکالیف آنها و توجه به نیازهای متعارف و منطقی آنان از جمله اصولی است که نظام حقوقی باید از آن بهره‌گیرد. دخالت حداقلی در روابط بین والدین و فرزندان از دیگر اصولی است که حقوق خانواده باید از آن پیروی کند.

قواعد حقوقی، وظیفه‌ی تنظیم و اصلاح رفتار انسان را بر عهده دارد. به عبارت دیگر، هدف قاعده‌ی حقوقی، ایجاد نظم و آرامش و تحقق بخشی به عدالت در جامعه است. وظیفه‌ی قاعده حقوقی برای رسیدن به این هدف، تنظیم رفتار انسان است، که از آن به وجدان اخلاقی تعبیر می‌شود. این قواعد، تعیین چگونگی رفتار افراد در جامعه را بر عهده دارد و به همین منظور برخی افعال را مباح و بعض دیگر را امر، و برخی را نهی نام نهاده‌اند.

۱-۱-۳- تعریف ازدواج

ازدواج مشترک بین هر دو معنی است زیرا در هر دو استعمال شده و اصل در استعمال حقیقت است. و جمعی نیز گفته اند که ازدواج در اصل به معنی التقاء است. گفته می‌شود «تناکح الجبلان اذا التقیا» و یا به معنی ضم و انضمام است گفته می‌شود: «تناکحت الاشجار: اذا انضم بعضها الی بعض» یعنی هرگاه درختان بهم پیوسته باشند. و یا به معنی اختلاط است. گفته می‌شود: «نکح المطر الارض اذا اختلط بترابها» یعنی هرگاه باران با خاک زمین آمیخته گردد. بنابراین هم در عقد و هم در وطی مجاز است زیرا مأخوذ از معنی دیگر است.در تأیید این قول گفته می‌شود که هیچ یک از دو معنی از لفظ ازدواج فهمیده نمی شود مگر به قرینه و قرینه علامت مجاز است. و از ابی علی فارسی منقول است که هرگاه گفته شود «نکح فلان فلانهٔ أوبنت فلان» غرض عقد و تزویج است. و چون گفته شود «نکح امرأته أو زوجته» غرض جماع و وطی می‌باشد (الزرقانی، محمد عبد العظیم، شرح زرقانی (برموطا)، ج۳، ص۱۸۷.)

۱-۲- تاریخچه نظم عمومی

اگر چه اصطلاح نظم عمومی، مولود انقلاب فرانسه می باشد اما روح آن در حقوق قدیم وجود داشته است. مطالعه تاریخی نظم عمومی بدون توجه با افکاری که قبل از حقوق جدید فرانسه موجود بوده ناقص خواهد بود، چون حقوق مزبور بیشتر تحت تأثیر حقوق رم قرار گرفته است.

در حقوق رم به هیچ وجه نامی از نظم عمومی برده نشده است، اما از قرن دوم قبل از میلاد که تفکر رمی ها رو به تحول و تکامل گذاشته، تدریجاً اصطلاحات اخلاق و اخلاق حسنه رایج شده است، فقط چیزی که وجود ضمنی نظم عمومی را در آن دوره ثابت می کند، متونی است که در مجموعه حقوق قدیم رم موجود است.این مجموعه که به نام دیژست معروف گردیده، مشتمل بر پنجاه جلد و شامل کلیه احکام و عقاید قضات و حقوقدانان و مقررات قدیم رم می باشد. (سیمون به نقل از احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۸)

مطابق متون مذکور انسان آزاد و اشیاء مقدس ممنوع المعامله بوده و نمی توانسته اند موضوع قراردادی را تشکیل دهند. چنین معاملاتی به فرض وقوع، باطل تلقی می گشته اند. علاوه براین اولین قاضی و دانشمند رمی که در قرون دوم و سوم میلادی می زیسته در یکی از نوشتجات خویش با اصطلاح جاست پُبلیکوم اشاره نموده است.این اصطلاح معادل«حقوق عمومی» است که امروزه مورد استعمال قرار می گیرد و شامل قوانین امری و قوانین مربوط نفع عمومی و نظم عمومی می شده است. (سیمون به نقل از احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۹)

در قرن ١٤ میلادی با ظهور بارتول نظریه « نفع عمومی » به وجود آمده است. مطابق این نظریه هرنوع قرارداد مخالف نفع عمومی باطل و بلااثر محسوب می شد. استناد به اصطلاح نفع عمومی در قرن ۱۵ و ١٦ نیز ادامه یافته و وسیله ای برای دفاع از منافع اجتماعی تلقی می گردیده است.

در قرن ۱۷ میلادی دوما اصطلاح « نظم اجتماعی » را ابداع نموده است. دوما اولین کسی است که در فرانسه با استعمال کلمات « نظم اجتماعی » و « نظم خارجی » به مفهوم نظم عمومی توجه کرده است. خلاصه نظریه دوما چنین است « قرار داد نتیجه طبیعی نظم اجتماع مدنی است و ارتباطی است که خداوند بین افراد بر قرار ساخت است. به وسیله قرارداد افراد جامعه حوائج مادی و اقتصادی خود را رفع می کنند. قرارداد با اراده افراد آزاد است، اما نباید با نظم اجتماع مخالفت داشته باشد. تعهد مخالف نظم اجتماعی ، تعهد جنایت باری است. قراردادها الزام آورند به شرطی که مخالف قانون و اخلاق نباشند. تعهد هر فرد برای او به منزله قانون است و چون هر فرد عضو

جامعه است پس نباید نظم جامعه را جریحه دار سازد. اشخاصی که بر اثر اعمال خود نظم خارجی را جریحه دار سازند به وسیله قانون اجتماعی تنبیه می گردند.» (سیمون به نقل از احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۱۰)

همان طوری که ملاحظه می شود در زمان های قبل از انقلاب کبیر فرانسه مفهوم نظم عمومی دارای معنای موسعی بوده است، از قبیل اخلاق حسنه، حقوق عمومی، خیر عمومی، مصلحت عمومی، نفع عمومی و نظم اجتماعی و هر عمل حقوقی مخالف با آنها باطل محسوب می گردیده است.

اصطلاح نظم عمومی در حقوق ایران سابقه زیادی ندارد و برای اولین بار در ماده ۹۷۵ قانون مدنی که جزء کتاب اول جلد دوم قانون مذکور در سال ۱۳۱۳ به تصویب رسیده، آورده شده است که این ماده مقرر می دارد که: « محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب میشود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». این مسأله از طرف علمای حقوق مورد بحث و تحلیل مفصلی قرار نگرفته و رویه قضایی ثابتی بر اساس آن به وجود نیامده است. فقط گاهی در بعضی تالیف های فارسی آن هم به طور اشاره وار مورد توجه قرار گرفته است.

یکی از حقوقدانان ما، نظم عمومی را مجموعه سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره کشور و حفظ امنیت و اخلاق که تجاوز بدان‌ها ممکن نیست، می‌داند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۷۱۷)

بسیاری از قانون‌گذاران ترجیح داده‌اند که این اصطلاح را تعریف نکرده و مسأله را به قاضی واگذارند. ماده ۹۷۵ ق.م ایران نیز هیچ تعریف و مصداقی از آن ارائه نداده است و ظاهراً تشخیص موارد مغایر نظم عمومی ایران را به قاضی سپرده است.

از آنچه گفتیم چنین بر می‌آید که تلاش قانون‌گذاران و حقوقدانان برای تبیین این مفهوم هنوز به نتیجه مطلوب نرسیده و تعاریف ارائه شده نیز خود آن چنان مبهم هستند که در روشن ساختن نظم عمومی، نمی توانند نتیجه مطلوبی را حاصل کنند. اما می‌توان گفت که قاضی در تشخیص مصادیق نظم عمومی دولت متبوع خود، نقشی کلیدی دارد هر چند باید بپذیریم که دادرس در این راه، به جای تفسیر شخصی و سلیقه‌ای باید به اندیشه حاکم بر جامعه و مصالح عمومی کشور خود مراجعه کند.

۱-۳- ماهیت نظم عمومی

عده ای از علمای حقوق همچون مالوریا وجود مفهوم نظم عمومی را زائد می دانند و معتقدند که این همان مفهوم حقوق عمومی است که از قدیم الایام استعمال می شده و برای حفظ منافع عمومی به کار می رفته است و نظم عمومی چیزی زائد بر آن نیست و اختلاف اصطلاحات و الفاظ موجب تغایر معانی مفاد آن نمی تواند باشد. اما اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان از جمله سیمو[۲] به هستی مفهوم نظم عمومی و سودمند بودن آن در حقوق معتقدند و آن را از ضرورت حقوق جدید تلقی می نمایند حقوق عمومی عبارت از مجموعه قواعد و مقررات الزامی است که موجد سازمان های سیاسی و اداری دولت بوده و حاکم بر روابط فیمابین خود این سازمان ها از یک طرف ، و روابط این سازمان ها با افراد از طرف دیگر می باشد و حال اینکه مفهوم نظم عمومی ، یک تأسیس حقوقی است که بر همه قواعد و مقررات حقوقی حتی حقوق عمومی سلطه و نظارت دارند. قدیمی ترین متنی که به اصطلاح نظم عمومی اشاره نموده ماده ٦ قانون مدنی فرانسه می باشد. ماده مزبور اعلام می دارد که « با قراردادهای خصوصی نمی توان قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نقض نمود. » (احمدی واستانی،۱۳٤۱،صص۲۷و۲۸)

در قوانین ایران نیز مواد متعددی موجود است که صریحاً یا ضمناً به نظم عمومی اشاره کرده است مانند مواد ۹۷۵ و ۱۲۹۵ قانون مدنی و مواد ٦ ، ۳۰۳ ، ۳۰٤ قانون آیین دادرسی مدنی.

در میان مواد مذکور، ماده ۹۷۵ قانون مدنی از همه کلی تر بوده و به صورت یک فرمول عام، تنظیم گردیده است. طبق این ماده « محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قرارداد های خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه و یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشند. »

در تعقیب این حکم بند ۲ ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی برای استنادی که در خارجه تنظیم شده و « مفاد آن ها مخالف با قوانین مربوط با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران باشد » اعتباری قائل نگردیده است. بر اساس مواد قانون مدنی ماده ٦ قانون آیین دادرسی مدنی نیز اعلام داشته که: « عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی و یا بر خلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.»

برای آنکه ماهیت چیزی درست و صحیح درک شود باید مورد تعریف قرار گرفته و مبانی آن روشن شود و ویژگی هایی اساسی آن مورد بررسی قرار گیرد و نظم عمومی نیز از این قاعده مستثنی نیست؛ ویژگی اساسی نظم

عمومی این است که عضویت افراد در گروههای اجتماعی مستلزم تعهداتی است که این تعهدات و تکالیف، نهاد ممتازی را ایجاد می کند که به صرف توافق افراد قابل رفع نمی باشد، لذا اعضای جامعه نمی توانند بر خلاف آنها تراضی نمایند و در صورت تراضی بر خلاف آنها، این تراضی بی اثر خواهد بود.اما مبنا یا مبانی این ویژگی چیست؟

۱-٤- مبانی نظم عمومی

مبنا در اصطلاح حقوقی به معنای عنصری است که به منزله پایه ساختمان حقوقی بوده و محور اساسی مقررات حقوقی می باشد که با فقدان آن، مقرررات حقوقی زایل می شوند. هر کدام از نهاد های حقوقی را در نظر بگیریم برای خود یک مبنا و پایه ای دارد؛ خود حقوق به مفهوم کلی دارای مبنا است و مبنای آن، اشتباه است که با از بین رفتن اجتماع، دیگر حقوقی در کار نخواهد بود؛ همانطور که حقوق به طور کلی دارای مبنا است، تمام سازمان های فرعی حقوق هم دارای مبنا یا مبانی خاصی می باشند.

برای نظم عمومی، مبانی مختلفی را می توان قائل شد. نقطه مشترکی که از تعریف های ارائه شده از نظم عمومی به دست می آید، «منافع عمومی» می باشد لذا برخی مصالح و منافع عمومی را مبنای نظم عمومی قرار داده و آن را ضابطه روشنی برای تشخیص قوانین امری و تکمیلی قرار داده اند و بر این مبنا گفته اند قوانینی که برای حفظ منافع جامعه وضع گردیده اند مربوط به نظم عمومی و قوانینی که برای حفظ منافع فرد ایجاد گردیده اند از قوانین تکمیلی می باشند. (کاتوزیان،۱۳۹۰،ص۱۵۹) اما باید دانست که در تمام قوانین کم و بیش منافع اجتماع لحاظ می باشد منتها در برخی از قوانین این منافع در حدی نیست که جلوی آزادی اراده را بگیرد، گذشته از این «مصلحت» یک اصطلاح فلسفی و وجدانی بوده و تعریف نظم عمومی با مصالح جامعه تعریف شیئی به شیئی اخفی می باشد. (احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۲۰)

برخی «سیاست» را مبنا نظم عمومی دانسته اند و این نظر هر چند دور از منطق نیست اما این مفهوم حقوقی را بازیچه سیاست قرار می دهد. و برخی دیگر نظم عمومی را به لحاظ دو مکتب اصالت فرد و مکتب اصالت اجتماع به موقع بحث گذارده اند. (احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۲۱) برخی دیگر همچون احمدی واستانی برای تعیین مبنای نظم عمومی از اصطلاح « تأسیس حقوقی » استمداد کرده و در توضیح آن می نویسد: « تأسیس حقوقی عبارت است از سازمان و فکر حقوقی که مشترکات را زیر یک عنوان جمع نموده و ناظر به هدف و جنبه خاصی

از حیات اجتماعی بوده و برای تضمین آن تعدادی از قواعد و مقررات حقوقی به وجود آمده و دورش مجتمعند به نحوی که آن سازمان با مجموع قواعد و احکام مخصوص و مربوط به خود، قسمتی از سازمان حقوق جامعه را تشکیل می دهد مانند دولت و حکومت و مالکیت و زوجیت و عقد و بسیاری از مفاهیم دیگری که در حقوق هر کشور وجود دارند.» (احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۲۲)

وسعت قلمرو این تأسیسات حقوقی یکسان نبوده برخی وسیع و برخی دیگر محدود تر می باشند و تعدادی از این تأسیسات حقوقی کوچک در داخل حوزه تأسیسات حقوقی بزرگ تر قرار می گیرند.

مثلاً خانواده که یکی از تأسیسات حقوق خصوصی می باشد به اعتباری شامل تأسیسات فرعی همچون زوجیت و غیره می باشد و به اعتبار دیگر خود آن جزء دولت که تأسیس حقوقی بزرگ می باشد، است. (مرسلی، ۱۳۸۹، ص٦)

حال برای پی بردن به این که فلان شرطی که در آن قرارداد ذکر شده برخلاف نظم عمومی است یا خیر؛ باید ابتدا توجه کرد این شرط مربوط به کدام تأسیس حقوقی است و آیا این شرط با آن تأسیس حقوق آنچنان مغایرتی دارد که وجود یکی نفی دیگری باشد یا خیر آن شرط با آن تأسیس حقوقی قابل جمع می باشد که در صورت اول آن شرط برخلاف نظم عمومی است و در صورت دوم برخلاف نظم عمومی نیست. بنابراین از نظر آنان مبنای نظم عمومی مقتضای این تأسیسات حقوقی می باشد.

برای روشن تر شدن مطالب ارائه شده به بررسی دو مثال می پردازیم:

مثال اول: ضمن عقد ازدواج شرط می شود که اختیار انتخاب مسکن با زوجه باشد. برای تشخیص مخالفت یا عدم مخالفت شرط مذکور با نظم عمومی آن را در برابر تأسیس زوجیت که قبل از همه چیز بدان رابطه مستقیم و صریح دارد قرار می دهیم و چون زوجیت با تأسیسات دیگری مربوط است و باید یکایک آن ها را از مد نظر قرار دهیم. بدواً ملاحظه می کنیم که چنین شرطی با مقتضای ذات عقد ازدواج که تأسیس مقدماتی زوجیت است مخالفتی ندارد یعنی با بودن شرط هم، عقد صحیح و زوجیت محقق است. سپس آن را با تأسیس خانواده که نتیجه زوجیت است می سنجیم و می بینیم که با هیچ یک از مبانی خانواده من جمله با ریاست شوهر در خانواده هم معارضه ندارد. زیرا معنی ریاست شوهر که در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی بدان حکم شده است این نیست که نام برده علی الاطلاق و بدون هیچ قید و حصری به هر نحویکه بخواهد خانواده را اداره کند و این ریاست به هیچ وجهی که به بردگی زن منجر شود قرار، ندارد بلکه بعکس، سلطه مذکور به وسیله مصالح افراد خانواده محدود می گردد و

در جهت حمایت و تضمین شخصیت زن و فرزندان سیر می نماید. به علاوه آن را با خود تأسیس شرط، مورد سنجش قرار می دهیم و به این نتیجه می رسیم که شرط مذکور از مصادیق شروط فاسد یا مفسد نیست. به این ترتیب معلوم می گردد که چنین شرطی صحیص بوده و با نظم عمومی که حمایت کننده تأسیسات می باشد مخالف نیست.

مثال دوم: در عقد ازدواج شرط می گردد که زوجه مکلف به تمکین خاص نیست. در مورد این شرط نیز به شرح فوق عمل می نماییم. در اولین نظر درک می کنیم که شرط فوق الذکر بر خلاف نظم عمومی است زیرا با مقتضای ذات عقد ازدواج معارضه می نماید. تمکین خاص، مهم ترین اثر ذاتی ازدواج است و حال آن که شرط عدم آن درست مانع تحقق اثر مذکور می باشد.

۱-۵- منابع نظم عمومی

قلمرو نظم عمومی متکی به نظم عمومی است؛ بدین معنا که هر چه منابع نظم عمومی بیشتر باشد قلمرو نظم عمومی وسیع تر خواهد بود و در نتیجه از وسعت قلمرو حاکمیت اراده کاسته خواهد شد و بالعکس.

۱-۵-۱- منابع مدون نظم عمومی

الف) قانون

در این نکته نمی توان تردید داشت که قانون نوشته مهم ترین منبع نظم عمومی است، به عبارتی می توان گفت که قانون کاملترین شکل حمایت جامعه است و آزادی در زندگی منوط به قانون می باشد. تردیدی نباید داشت که همه قوانین مربوط به نظم عمومی نیستند به دلیل اینکه مقصود بلاواسطه همه آنها منافع کل جامعه نمی باشد. در هر موردی که روشن شد هدف مستقیم قانونی صیانت نفع جامعه است بدون تأمل این حقیقت در نظر ما جلوه گر می شود که چنین قانونی از حدود اختیار و آزادی فردی خارج است و افراد ملزم به رعایت احترام آن بوده و مجاز به تخلف از آن نمی باشند. از اینجا معلوم میگردد که هر قانون الزامی، منبع نظم عمومی محسوب است.
باید گفت که قانون شامل قانون اساسی، مصوبات مجلس، عهدنامه ها، آیین نامه ها و بخش نامه های اداری و حتی عرف و عادت و نیز نظریات علمای نیز می باشد و دارای سلسله مراتبی است، که قانون اساسی و نیز قوانین دیگر در خصوص نظم عمومی اشاراتی داشته اند.

ب) درجه های اجبار ناشی از قانون

تقسیم قوانین به امری و تکمیلی، یک تقسیم بندی قانونی نیست؛ به دیگر سخن قانونگذار همزمان با وضع یک قانون، نسبت به امری بودن یا تکمیلی بودن آن سخنی نمی گوید و این بر عهده دادرسان و حقوقدانان است که وصف قانون را از این نظر تشخیص دهند.

ج) قانون امری

در مواردی رعایت مفاد قانون به حدی در نظر قانونگذار اهمیت دارد که به هیچ عنوان نمی تواند نقض آن را برتابد و در نتیجه به مردم که علی الاصول مکلف به اجرای قانون هستند، اجازه نمی دهد خلاف آن توافق و عمل کنند. به عنوان مثال مقررات راجع به طلاق از چنان اهمیتی نزد قانونگذار برخوردار بوده که نمی تواند توافق خلاف آن را تحمل کند؛ یعنی مثلازوجه نمی تواند با توافق زوج خود را از نگاه داشتن عده طلاق مصون سازد. مثال دیگر قوانین آمره، مقررات جزایی هر کشور است که توافق افراد در برابر آنها فاقد هرگونه اثر حقوقی است. هیچ کس نمی تواند با توافق با دیگری، به او مجوز ارتکاب یک عمل مجرمانه، مثلاً توهین یا ضرب و شتم را اعطا کند. رضایت قربانی در ارتکاب جرم اثری بیش از تخفیف احتمالی مجازات و آن هم در شرایطی، در پی نخواهد داشت. از مصادیق قوانین آمره در نظام حقوقی ایران می توان از قوانین جزایی، قوانین مربوط به آیین دادرسی، قوانین ثبتی و مرتبط با حقوق عمومی مثال زد.

د) قانون تکمیلی

همیشه منظور قانونگذار وضع قواعد تخلف ناپذیر نیست و گاه خود مقنن می خواهد یا اراده ضمنی طرفین قرارداد را بیان کند یا ترتیبی را که به نظر او مفیدتر می رسد، یادآور شود. باید دانست که در این موارد نیز اراده قانونگذار الزام آور است اما این الزام، منوط به عدم توافق اشخاص بر خلاف مفاد قانون تکمیلی است. به دیگر سخن، قوانین تکمیلی قانونگذار برای حل و فصل مسائل حقوقی افراد جامعه است اما این راهکار ممکن است با خواست برخی از اشخاص سازگار نباشد و در نتیجه، توافق مخالف مفاد قانون شکل بگیرد. این توافق، لازم الاتباع و در رابطه میان طرفین در حکم قانون خواهد بود. اما در صورتی که توافقی مغایر با راه حل برگزیده قانون صورت نگیرد، مفاد قانون تکمیلی از همان درجه الزامی برخوردار است که قوانین آمره برخوردارند. بنابراین، این تصور که قوانین تکمیلی الزام آور نبوده یا فاقد ضمانت اجرا هستند، نادرست است. به عنوان مثالی برای قانون تکمیلی می

توان از ماده ۱۱۱٤ قانون مدنی یاد کرد که اعلام داشته است: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکنی نماید مگر آن که اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد». بدیهی است عدم توافق زوجین مبنی بر حق انتخاب مسکن توسط زن، سبب لازم الاتباع بودن راهکار این ماده در تبعیت زن از اقامتگاه انتخابی شوهر خواهد بود.

هـ) معیار تشخیص آمره بودن قانون

همیشه قوانین تکمیلی مانند دو مورد فوق نیستند که در ذیل خود ماده، قرینه ای مبنی بر تکمیلی بودن به چشم خورد. در چنین مواردی باید در جست وجوی ملاکی برای تفکیک میان قوانین امری و تکمیلی بود. ملاک های مختلفی توسط اندیشمندان پیشنهاد شده است اما شاید بتوان مفهوم نظم عمومی را مناسب ترین ملاک برای تفکیک قواعد امری از تکمیلی دانست. اگر بخواهیم در همین اندک، تعریفی از نظم عمومی به دست دهیم می توان گفت: «قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی هستند که هدف از وضع آنها حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز به آنها، نظامی را که لازمه حسن جریان امور اداری، سیاسی، اقتصادی یا حفظ خانواده است بر هم زند». چنین قوانینی آمره اند و هر قانونی که تجاوز به آن نظام حقوقی جامعه را مخدوش نسازد تکمیلی است و توافق خلاف آن اعتبار دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ١٦٠)

و) قراردادها و اسناد بین المللی

قرار دادها و اساسنامه های بین المللی وقتی که مورد تصویب مقامات قانونگذاری کشوری واقع شدند قدرت قانونی می یابند و بدین اعتبار است که در حکم قانون و جزء منابع مدون نظم عمومی، محسوب می گردند. شکی نیست که هرگاه در چنین اسنادی مقررات غیر قابل نقصی پیش بینی شده باشد، قطعاً به نظم عمومی ارتباط خواهد داشت. در این صورت نه تنها دولتی که آنرا قبول نموده نمی تواند از زیر بار آن اجراء قواعد الزامی آنها شانه خالی کند بلکه افراد جامعه نیز باید آنها را مانند سایر مقررات محترم شمارند و بفرض اینکه در روابط خصوصی خود و ضمن معاملات از رعایت آنها تخلف ورزند، دادگاههای صالحه باید بطلان اعمال مذکور را اعلام نمایند.

۱-۵-۲- منابع غیر مدون نظم عمومی

الف) اخلاق حسنه

اخلاق حسنه، یکی از منابع غیر مکتوب مفهوم نظم عمومی محسوب می گردد. عقاید علمی و رویه های قضایی فراوانی که در کشورهای مختلف به وجود آمده نشان دهنده این حقیقت است که اخلاق حسنه در عین اینکه

مفهوم مستقلی به شمار می آید، واقعاً جلوه خاصی از نظم عمومی و با آن بستگی غیر قابل انفکاکی دارد و باید آنرا از منابع مهم نظم عمومی به حساب آورد و چون در یکی از مباحث آینده راجع به این مطلب به تفصیل سخن خواهیم گفت، لذا فعلا از ادامه بحث خودداری می گردد.

ب) عرف و عادت

عرف و عادت، یک نوع قواعد حقوقی هستند که در نتیجه زندگی اجتماعی انسان به وجود آمده اند بدون آنکه اشخاص یا مقامات صلاحیتدار حاکمه در ایجاد آنها دخالت و تاثیری داشته باشند و این قواعد، به منزله مصالح اولیه ساختمان حقوق هر قوم و ملتی محسوب بوده و امروزه هم مکمل قوانین کشورها به شمار می آیند. زیرا قانونگذار، هر قدر دقیق و آگاه با احتیاجات جامعه باشد باز آن اندازه بصیرت ندارد که به تمام زوایای زندگی اجتماعی، سرکشی نموده و ریزه کاری های حیاتی را مد نظر قرار دهد و همه نیازمندیهای حقوقی را ضمن مجموعه قانونی مرتفع سازد.

افکار و عقول بشری رو به تحول و تکامل قطعی بوده و در تکاپوی زندگی بهتر به سوی کمال پیش می رود در چنین وضع متغیری، قوانین موضوعه به تنهایی جوابگوی نیازمندیهای افراد و جامعه نخواهند بود و عوامل دیگری لازم است که خلاء های قوانین را پر کرده و نواقص آن را مرتفع و تکمیل نماید.

هرچند که این قبیل قواعد گاهی ممکن است بر اثر توافق صریح یا ضمنی دو یا چند نفر وابسته به صنف و حرفه ای در روابط میان خودشان ایجاد گردد و سپس به تدریج، عمومیت پیدا کند و حتی تغییر شکل نسبی بدهد، ولی اصولاً می توان آنها را به وضع تعینی الفاظ تشبیه کرد. بر این‌اساس دانش حقوق احراز دو رکن اساسی مادی و معنوی را برای حقوقی بودن پدیده‌ی عرف ناگزیر می‌داند.

ج)رکن مادی

رکن مادی عرف که در واقع ظرف قواعد عرفی است،عبارت از عادت یا عمل و روشی است که به مدت طولانی بین مردم مرسوم شود و همه در برابر واقعه‌ای معین‌آن را به کار بندند. این رکن در صورتی کامل است که عمومی و پایدار باشد منظور از عمومی بودن این نیست که حتما تمام مردم جامعه به آن خو گرفته باشند، بلکه‌منظور این است که بیشتر کسانی که در قلمرو آن قرار دارند، از آن متابعت نمایند؛زیرا بسیاری از عرف‌ها

مخصوص محل یا گروهی معین از اشخاص است، البته دراین صورت نیز باید در میان همان گروه معین جنبه‌ی عمومی پیدا کرده باشد. یعنی‌اندازه‌ای رعایت‌شود که بتوان گفت تقریبا همه آن را پذیرفته و محترم می‌شمارند.

مثلا اگر عادتی به عنوان عرف در تجارت کالایی مورد استناد قرارمی‌گیرد، باید در میان بازرگانان آن کالا چنان مرسوم باشد که همه تخلف از آن راموردی استثنایی بشمارند و در وجود آن عرف تردیدی نباشد. از این نکته نیز نبایدفروگذار بود که معمول‌به مستمر بودن عرف، الزام قدیمی بودن آن را آن‌گونه که‌برخی بر آن‌اند، در پی ندارد. زیرا با احراز عناصر سامان دهنده‌ی عرف دیگر جایی‌برای تردید در تحقق و اعتبار آن باقی نمی‌ماند.گذشته بر این چه بسیاراندعرف‌هایی که دارای تازگی می‌باشند. توجه و بررسی پدیده‌ی عرف به ویژه درحقوق بین‌الملل بر درستی این سخن گواه است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۱۷۸)

از آن چه تاکنون درباره‌ی رکن مادی عرف که گاه با عنوان رکن و عامل عملی نیزنام برده می‌شود، گفته آمد، روشن می‌گردد که این رکن همان تکرار، پایداری وفراگیری و عمومیت‌یک عمل معین است که پیش از این در مبحث عناصر عرف درباره‌ی آن سخن گفته شد.

د) رکن معنوی

منظور از رکن معنوی عرف که گاه از آن با عنوان عنصر و عامل روحی و روانی نام‌برده می‌شود، پذیرش معنوی مردم و جامعه است که به آن ویژگی الزام و ضمانت‌اجرا می‌بخشد. این احساس و اعتقاد به رعایت پدیده‌ی عرف و تنظیم رفتار براساس‌آن بدون این که در مجموعه‌ی قانون یا نظام نامه و آیین نامه‌ای ثبت و ضبط شده باشد، است که آن را الزاماور و موجد تعهد و تکلیف ساخته و در شمار و زمره‌ی قواعدحقوقی قرار می‌دهد. به‌گونه‌ای که گاه دولت‌ها خود را ملزم به حمایت از آن می‌بینندو محاکم نیز استناد به آن را مورد پذیرش قرار می‌دهند.

این رکن که تشخیص آن‌خالی از صعوبت و دشواری نیست، همه‌ی نیروی عرف حقوقی در آن نهفته است وعرف به وسیله‌ی آن ضمانت اجرا یافته و از عادات و رسوم جاری در زندگی‌اجتماعی باز شناخته می‌شود. بدین جهت است که به بسیاری از اعمال و عادت‌ها که‌مدت‌ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده ولی از دیدگاه و نظر مردم اجباری‌نیستند و مردم آن را همانند یک قاعده‌ی حقوقی محترم نمی‌دارند، عرف اطلاق‌نمی‌گردد و تنها جزو آداب و رسوم و نزاکت‌های اجتماعی به‌شمار می‌آیند. همانندآدابی که توده‌ی‌مردم در طرز معاشرت و برخورد با هم رعایت می‌کنند یا مراسم‌محلی که در پاره‌ای از جشن‌ها و سوگواری‌ها برپا می‌سازند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۱۸۸)

بنابراین تنها هنگامی رفتار اجتماعی به عنوان پدیده‌ی عرف شناخته خواهد شد که وجود دو رکن اساسی مادی و معنوی در آن احراز گردد. این عناصر و ارکان تشکیل دهنده‌ی عرف حقوقی با وجود تعدد گونه‌های عرف همواره و در همه‌ی‌موارد یکسان بوده و با اختلاف زمان و مکان تغییر نمی‌یابد.

هـ) موارد رجوع صریح به عرف

در بسیاری از موارد قانونگذاربه صراحت حکم مسائل را به عرف احاله کرده است: چنان که در ماده ۱۳۲ قانون مدنی که در حدود اختیار مالک در تصرفات خود معین شده و یکی از مهم ترین قواعد مدنی مربوط به حقوق مالکیت است، برای داوری عرف سهم بسزایی معین گردیده است. به موجب این ماده: « کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.»

در آثار قراردادها نیز، عرف اهمیت بسیار دارد. ماده ۲۲۰ قانون مدنی در باب اعتبار « عادات قراردادی » می گوید: « عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند».

و) موارد رجوع ضمنی به عرف

در پاره ای مواد، قانون از حکم عرف سخن نگفته است، ولی به طور ضمنی از آن یاری گرفته و حکم عرفی را به عنوان قاعده حقوق پذیرفته است. به عنوان مثال، ماده ۹۷۵ قانون مدنی اجرای قراردادهای خصوصی و قوانین خارجی را که برخلاف اخلاق حسنه است ممنوع می دارد. ولی، اخلاق حسنه امری جز عرف محسنین و پرهیزکاران نیست، و تنها به این وسیله میتوان حکم ماده ۹۷۵ را به درستی اجرا کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۱۸٤)

همچنین، وقتی قانون سخن از قیمت یا مهلت عادله می گوید (مواد ۱٦۷ و ۲۷۷ قانون مدنی) به طور کلی ضمنی داوری عرف را درباره عادلانه بودن آنها می پذیرد، یا اگر تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت می شناسد (ماده ۳۵) ناچار حکم عرف را درباره تحقق تصرف معتبر می داند.

ز) رویه قضایی

رویه قضایی به همان علتی که یکی از منابع حقوق محسوب می شود، یکی از منابع مهم نظم عمومی تلقی می شود.نقش قاضی هر کشور در تکمیل ساختمان حقوق آن بی اهمیت تر از نقش مقنن نیست و نمی توان گفت که تأثیر افکار قضات در تحول و تکامل حقوق جامعه از مقنن کم تر است. مقرراتی که مقنن ممکن است به صورت ناقص یا متزلزل به وجود بیاورد به تنهایی جهت حفظ نظم جامعه کافی نخواهد بود. این مقررات در عمل باید مصادیق خارجی خود منجمله با اعمال حقوقی افراد تطبیق گردد. عملاً تشخیص قوانین راجع به نظم عمومی و غیر آن و تطبیق آن قانون با اعمال و درک مطابقت یا عدم مطابقت آنها از وظایف قضات است در واقع می توان گفت قاضی مانند خیاطی است که پارچه قانون را با اندام هر عمل حقوقی مورد اختلاف می سنجد و حکم قانون را به صورتی که مناسب مورد باشد از طریق تفسیر اعلام می دارد.برای مثال باید گفت مطابق ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی « در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است. » حال فرض کنیم ضمن عقد ازدواجی شرط شود که نفقه مطلقاً و برای همیشه حق ندارد از زوج مطالبه نماید آیا این شرط ، صحیح است یا خیر؟

در وهله اول ممکن است تصور شود که با در نظر گرفتن مادهٔ ۱۱۱۹ قانون مدنی که می گوید: « طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگری بنمایند . . . » چنین شرطی صحیح است. اما این عقیده با این ماده قبل توجیه و درست نخواهد بود ، به جهت آنکه قواعد عمومی و احکام شروط باطل و مبطل قبلاً در موارد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی بیان شده اند و مقنن در واقع خواسته است ضمن ماده ۱۱۱۹ به مناسبت اهمیت عقد ازدواج روی خلاف مقتضای عقد تأکید و یادآوری نماید.

زیرا از میان تمام شروط مذکور در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ تنها شرط مقتضای عقد است که ازدواج را ماهیتاً باطل می سازد و شروط دیگر در ماهیت عقد ازدواج تأثیری ندارد. پس تکرار اینجمله در ماده ۱۱۱۹ دلیل تجویز سایر شروط فاسد نمی باشد. بند۳ ماده ۲۳۲ که بیان می دارد که « شروطی که نامشروع است » ما را به این فکر سوق میدهد که آیا شرط اسقاط قبلی نفقه زوجه از شروط نامشروع محسوب است یا خیر؟ در این مورد ممکن است نظریات مختلفی برای قضات دادگاهها بوجود آید.

بدین استدلال که هدف و غرض قانون از ایجاد تأسیس مزبور ، حمایت سلامتی افراد خانواده و جلوگیری از این پیش آمد است که آنان سربار جامعه شوند. در حقوق اسلام نفقه زن از حقوق غیر قابل اسقاط و نتیجتاً راجع به نظم عمومی تلقی گردیده است.

۱-۵-۳- موارد دخالت رویه قضایی در قانون

دادگاه در چهار مورد ناچار است به عرف و روح قانون و اندیشه های حقوقی (فتاوای معتبر) استناد کند:

۱- در صورت نقص قانون

۲- در حالت سکوت قانون

۳- در مورد اجمال قانون

٤- در مورد تناقض قوانین

الف) نقص قانون

قانون وقتی ناقص است که نتواند اعمال و وقایع حقوقی را که به حکم عقل و انصاف باید مشمول آن باشد، در برگیرد. در چنین مواردی، دادرس می تواند با استفاده از هدف قانونگذار، متمم حکم ناقص اورا بیابد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۱۹۵)

ب) سکوت قانون

در بسیاری از فروع، قانون هیچ حکمی ندارد، و بر دادرس است که روح قوانین و عرف و عادت راه حلی برای آنان بیابد.

برای مثال، هیچ یک از قوانین ما درباره مهلت اجرای قانون در خارج از کشور حکمی ندارد، و دادگاه باید تصمیم بگیرد که آیا در هر مورد خاص با توجه به قرائن کار باید این مهلت را معین کرد، یا از مفاد قانون می توان راه حل کلی برای این مشکل پیدا کرد؟

اصل ١٦٧ قانون اساسی قاضی را موظف کرده است که در مورد سکوت قانون به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رأی بدهد. ولی، آنچه از نظر نویسندگان قانون دور مانده این است که در بسیاری موارد از منابع و فتاوی نیز نمی توان حکمی به دست آورد، آنگا این پرسش به میان می آید که دادرس چه باید بکند؟

از سویی ناچار به صدور حکم است، و از سوی دیگر، منبع کافی در اختیار ندارد. در چنین حالی است که ناچار باید به عرف و عقل متوسل شود. عقل او را در یافتن حکم یاری می کند ولی عقل مستقل نیز تابع ضرورت ها و نیاز های اجتماعی است و در واقع یکی از عوامل مهمی که آن را رهبری می کند « عرف » است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص١٩٦)

ج) اجمال قانون

گاهی عبارت قانون به ظاهر نقصی ندارد، ولی برای بیان حکم نارسا است: یعنی از واژه هایی که به کار برده شده ممکن است دو یا چند معنی متعارض استنباط کرد. برای مثال؛ به موجب ماده ۲۰۱ قانون مدنی: « اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.»

واژه « خلل » در زبان حقوقی مفهوم مشخص ندارد و معلوم نیست خللی که به اشتباه به درستی معامله می سازد تا چه میزان است؟ آیا عقد را باطل می کند و اجازه مشتبه نیز اثری در آن ندارد، یا عقد « غیرنافذ » است و رضای او می تواند به آن حیات حقوقی ببخشد. در این گونه موارد، دادرس باید در جست و جوی حکمی بر آید که مبیّن اراده قانون گذار باشد، و در همین کاوش است که « رویه قضایی » نقش بسیار موثر دارد.

د) تناقض قانون

هرگاه اجرای یکی از اوامر قانونگذار با اطاعت از حکم او مخالف باشد، آن دو حکم را « متعارض » به نسبت میان آنها را « تعارض » یا « تناقض » گویند. در مواردی که تاریخ وضع این دو قانون یکی نباشد، قانون جدید ناسخ قدیم است و احکام آن را باید در گفتار مربوط به نسخ قانون مطالعه کرد. ولی، گاه اتفاق می افتد که در یک مجموعه قواعدی بیان می شود که جمع آنها ممکن نیست و مسلم است که مقصود قانونگذار نیز نسخ ضمنی هیچ یک از آنها نبوده است. زیرا معقول به نظر نمی رسد که ماده اول قانون حکمی را انشاء کند، و ماده دوم همان قانون ناسخ حکم نخست باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۱۹۸) برای مثال، بر طبق ماده ۲۱۲ قانون مدنی، معاملات غیر رشید به واسطه عدم اهلیت باطل است، در حالی که ماده ۱۲۱٤ قانون مدنی این گونه معاملات را « غیر نافذ» و در پاره ای موارد صحیح دانسته است.

۱– ماده۲۱۲: « معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است.»

۲– ماده۱۲۱٤: « معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از آنکه این اجازه قبلا داده شده باشد یا بعد از انجام عمل و معذلک تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است.»

۱-٦- قلمرو نظم عمومی

نوع نگرش به رابطهٔ فرد و اجتماع و نحوهٔ تحلیل این رابطه، نقش اساسی و مهمی در تعیین قلمرو نظم عمومی در بستر حقوق خصوصی ایفا می‌کند. از منظر فردگرایان که حاکمیت اراده را از لوازم شخصیت بشری می‌دانند و ارادهٔ فردی را بر ارادهٔ جمعی اجتماع مقدم می‌دارند، تنها قانون است که می‌تواند حاکمیت ارادهٔ فردی را محدود نماید و در صورتی که در قانون به تضییق اراده اشاره‌ای نشده باشد، باید ارادهٔ فرد را آزاد دانست. بنا بر این از منظر اینان، مقررات محدود کننده، قواعدی استثنایی به شمار می‌آیند.

اما اگر پای در رکاب مرکب اندیشهٔ جمع‌گرایان نهیم و به انسان مستقل از اجتماع نیاندیشیم، زندگی جمعی اقتضائاتی دارد که هر انسانی به عنوان عضو آن اجتماع در برابر اعضای دیگر، مکلف به تحصیل آن مقدمات است. تعهدهای بسیاری بر فرد تحمیل می‌شود و او با صرف ارادهٔ خود نمی‌تواند از آنها شانه خالی نماید. حاصل نزاع دو مکتب در باب نظم عمومی، این گونه جمع‌بندی و تصویر شده است:

الف) از نظر مکتب فردگرایی، منبع نظم عمومی، تنها قانون است، ولی از منظر مکتب جمع‌گرایان، غیر از قانون، اخلاق حسنه، عرف و عادت هم در زمرهٔ منابع نظم عمومی است. در حقوق ایران، با عنایت به مواد ۱۰، ۹۷۵ و ۱۲۹۵ ق.م. اخلاق حسنه و عرف و عادت نیز از منابع نظم عمومی به حساب می‌آید. (الفت، ۱۳۸٤، ص۸۷)

ب) بر اساس مبانی فکری مکتب فردگرایی، قواعد مربوط به نظم عمومی، تنها به قوانین کیفری، اساسی، مالیاتی و اداری اختصاص دارد، ولی قوانین در زمینهٔ حقوق خصوصی (مدنی و تجاری) از تجاوز قواعد نظم عمومی مصون می‌مانند و آزادی اشخاص در این زمینه، قیدی نخورده و مطلق است. روشن است که قانون‌گذار ایران در اغلب قواعد مربوط به احوال شخصیه و حقوق اموال و مالکیت از این نتیجه پیروی نکرده و آزادی بی‌قید و شرط برای افراد قائل نشده و این امور را با نظم عمومی محدود کرده است. (الفت، ۱۳۸٤، ص۸۸)

ج) مطابق نظر فردگرایان، استناد به نظم عمومی، استثناست و در موارد تردید مخالفت با نظم عمومی، اصل حاکمیت اراده و صحت عمل حقوقی انجام شده، محکّم خواهد بود. اما بر اساس نظر جمع گرایان که نظم عمومی را استثنا نمی‌دانند و اصل در مقررات و قواعد قانونی را امری بودن می‌شمارند، در موارد مشکوک، به فساد عمل انجام شده، حکم می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، صص۱٦۲ و ۱٦۳).

۱-٦-۱- قلمرو قواعد نظم عمومی سیاسی

نظم عمومی سیاسی، همان معنای مرسوم و متعارف و سنتی نظم عمومی است و هدف از این نوع نظم عمومی حمایت از دولت و خانواده و فرد است. قواعد نظم عمومی سیاسی مانع می‌شود که افراد بتوانند در قراردادهای خصوصی خود به ارکان و نهادهای اساسی جامعه صدمه بزنند. بنا بر این، روشن است که این قواعد تنها جنبهٔ باز دارندگی دارد و از حریم مصالح عمومی دفاع می‌نماید و هیچ جنبهٔ اثباتی و الزام به انجام امری ندارد. لذا دادگاهها به استناد مخالفت با قواعد نظم عمومی سیاسی از اجرای پاره‌ای تعهدات و قراردادها که برای دولت و جامعه و یا خانواده و فرد زیانبار باشد، جلوگیری می‌کنند. قرارداد فروش حق رأی، توافق بر عدم نفقه در ازدواج و یا قرارداد فروش آزادی و حیات فردی از آن جمله است (صفایی، ۱۳۸۲، ص٥۳).

پایه و اساس قواعد نظم عمومی سیاسی را این مطلب بر پا می‌دارد که انسان در زندگی اجتماعی خود، آزادی کامل ندارد و باید به برخی امور پایبند باشد. انسان در برابر نهادهایی که لازمهٔ زندگی اجتماعی است، مسئول و محدود است؛ به این معنا که باید از پاره‌ای خواستهای فردی در جهت آن ضرورتهای اجتماعی بگذرد. این ضرورتها ممکن است مربوط به دفاع از خانواده و حفظ و کیان آن باشد و یا به دفاع از خود فرد مربوط شود؛ به این معنا که شخص نتواند آزادی خود را در آینده از بین ببرد و ممکن است به دفاع از حقوق دیگران و نهادها و سازمانهای دولتی و به تعبیری حقوق اجتماع مربوط باشد. با وجود این، نمی‌توان به استناد این قواعد، به حریم مالکیت خصوصی تجاوز نمود و انسان را به انجام معامله‌ای وادار نمود.

۱-٦-۲- محدودهٔ قواعد نظم عمومی اقتصادی

ورود مفهوم نظم عمومی اقتصادی به ادبیات حقوقی از دستاوردهای حقوق قرن بیستم است و گفته شده است قبل از آن سابقه‌ای ندارد. البته در گذشته هم قوانینی با صبغهٔ نظم عمومی وضع شده است که وجههٔ اقتصادی داشته‌اند، ولی هدف از وضع آن قواعد حمایت از آزادی معاملات و فعالیتهای اقتصادی بود (صفایی، ۱۳۸۲، ص٥٤). لیکن مفهوم نظم عمومی اقتصادی امروز که در قواعد حقوق مدنی قرن بیستم به بعد جای گرفته است، معنایی متفاوت دارد و دارای هدفی دیگر است. در این مفهوم، دولتها با نام توزیع عادلانهٔ ثروت در اجتماع، اقتصاد جامعه را در نظارت و رهبری خود می‌گیرند. مبنای دخالت دولت در امور اقتصادی، نظم عمومی است و لذا آن را در برابر نظم عمومی حمایتی قبلی، نظم عمومی دخالتی هم می‌گویند.

قراردادهای خصوصی، به عنوان یکی از عوامل توزیع ثروت، از جمله موضوعات این نظم عمومی قرار گرفته است. در این موارد، دولتها نه تنها آثار قراردادها را به گونهٔ امری تعیین می‌کنند و بر طرفین قرارداد تحمیل می‌نمایند، بلکه در پاره‌ای موارد از انعقاد قرارداد ممانعت می‌کنند و حتی گاهی اوقات اشخاص را ملزم به عقد قراردادی می‌نمایند. اگر چه الزام به انعقاد قرارداد به استناد نظم عمومی، هنوز در ادبیات حقوقی جای خود را پیدا و مستحکم نکرده است، ولی به نظر می‌رسد که با گسترش دامنهٔ نظم عمومی و فزونی یافتن آثار تحمیلی قراردادها، کم کم باید به این باور رسید که برای زندگی در اجتماع، به ناچار باید در پاره‌ای اوقات، به پذیرش نظریهٔ الزام به انعقاد قرارداد به استناد نظم عمومی تن در داد.

۱-۷- مصادیق نظم عمومی

نظم عمومی مدلول مقرراتی است که در آن ذات، حیثیت و منافع مادی و معنوی جامعه باید مورد حمایت جدی قرارگیرد. در صورت برهم زدن نظم عمومی وجدان جامعه جریه دار می شود. بنابراین برای حفظ آن، هر گونه اقدام الزام کننده و یا بازدارنده بجا شایسته خواهد بود.

امنیت عمومی، آسایش عمومی، بهداشت عمومی و اخلاق حسنه از عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی بشمار می روند. به عبارت دیگر منظور از نظم عمومی نظمی است که لازمه استقرار یک حکومت دمکراتیک و آزاد است.

اکنون به اختصار مفاهیم امنیت، آسایش و بهداشت عمومی و اخلاق حسنه را مورد بررسی قرار می دهیم :

امنیت عمومی: امنیت یا آرامش عمومی، یعنی فقدان هر گونه عوامل و خطراتی که نظم مادی موجود در جامعه را به هم بزند و موجب خسارت مالی و جانی به اشخاص و جامعه شود. این عوامل از توطئه علیه نظام تا جرایم و حوادث طبیعی و غیر طبیعی را شامل می شود. (صادقی، ۱۳۸۸، ص۱۹)

آسایش عمومی: آسایش عمومی یعنی فقدان هر گونه آزار و ناراحتی در جامعه که از حدود متعارف و عادی زندگی در جامعه خارج باشد مانند سرو صدای زیاد بویژه در شب ، تجمع و ازدحام در معابر و مجامع و امکنه عمومی که موجب ناراحتی اشخاص می گردد. (صادقی، ۱۳۸۸، ص۱۹)

بهداشت عمومی: بهداشت عمومی یعنی فقدان هرگونه عاملی که موجب امراض و ناخوشی می شود و تامین بهداشت یعنی اقدامات لازم جهت جلوگیری از انتشار میکروب و درمان. این اقدامها نه تنها افراد بلکه حیوانات ،

منازل خصوصی، معابر، آب، ارزاق و نیازهای عمومی را شامل می شود که عدم رعایت اصول بهداشتی در آنها موجب آلودگی و سلب سلامتی می گردد. (هاشمی شیخ شبانی، ۱۳۹۱، ص۲)

اخلاق حسنه: مقامات حق ندارند برای حفظ نظم عمومی، در خصوصیات اخلاقی و وجدانی، افکار، عقاید و احساسات آنها دخالت کنند و آنها را مورد تفتیش و بازجوئی قراردهند. بدیهی است چنانچه ابراز افکار و عقاید اخلاقی و سیاسی موجب اغتشاش و بی نظمی شود مقامات حق دارند از بروز آنها جلوگیری کنند، از این رو تظاهرات و تبلیغات افراطی و زیان بخش احزاب، انتشار مخالف اخلاق حسنه، پیاله فروشی، تظاهر به روزه خواری در ایام رمضان و قمار بازی در ملا عام قانونا ممنوع است. (احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۱۲۰)

به دلیل اینکه نظم عمومی ارتباط نزدیک و تنگاتنگی با اخلاق حسنه دارد و در بسیاری از موارد وضع قوانین در حوزه حقوق خانواده جنبه اخلاقی دارد در ادامه به توضیح بیشتر رابطه این دو مفهوم می پردازیم.

۱-۸- اصل بودن نظم عمومی در حقوق خصوصی

در نظر اکثر حقوقدانان مفهوم نظم عمومی در حقوق عمومی ، اصل و در حقوق خصوصی استثاء است. این تئوری گرچه ظاهراً مقبول به نظر می رسد، اما با واقعیت اجتماعی مطابقتی ندارد. زیرا در حقوق خصوصی مقررات زیادی مانند قوائد مربوط یه مالکیت و احوال شخصیه و ادله اثبات دعوی وجود دارند که غیرقابل تخلف محسوب می شوند و افراد نمی توانند جز با اجازه قانون برخلاف آن رفتار نمایند. پس نمی توان گفت که نظم عمومی به طور کامل در حقوق خصوصی استثناء به شمار می رود. آنچه مسلم است این است که نظم عمومی فقط در آن قسمت از حقوق خصوصی که ناظر بر معاملات و قراردادها است، استثناء محسوب است ولی در سایر موارد اعم از حقوق عمومی یا خصوصی اصالت دارد.

نظم عمومی مخصوص یک رشته از حقوق نیست، بلکه در تمام رشته های حقوقی اعم از عمومی یا خصوصی وجود دارد. این نظریه، امروزه پذیرفته شده و رویه قضایی نیز فرقی میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی نگذاشته است.

همین که عمل حقوقی کسی با مقررات راجع به نظم عمومی مخالفتی داشته باشد، باطل و فاقد نتیجه است، خواه آن مقررات مربوط به حقوق عمومی باشد یا حقوق خصوصی.

اما وجوه تمایزی میان نظم عمومی حقوق عمومی و نظم عمومی و حقوق خصوصی موجود است، نظم عمومی در حقوق عمومی اصیل و مثبت است، ولی نظم عمومی در حقوق خصوصی استثناً و منفی است. در حقوق عمومی، نظم عمومی صراحتاً و به عنوان یک اصل اقتضاء دارد که اعمال مردم و سازمان های دولتی همیشه و حتماً موافق تشریفات و مقررات آن انجام گیرد و تخلف از آن معمولاً با خوردهای کیفری و انظباطی همراه باشد. اما در حقوق خصوصی، همین که عملی مخالف نظم عمومی نباشد، صحیح تلقی می گردد. نقش نظم عمومی در حقوق عمومی مانند نقش یک فرمانده و آمر، لکن در حقوق خصوصی به مانند یک سرباز مدافع و مأمور است. (احمدی واستانی، ۱۳٤۱، ص۷۹)

کاپیتان در کتاب مقدمه حقوق مدنی می نویسد: « نظم عمومی یعنی نظم در دولت یعنی ترتیب تاسیسات و سازمان قواعدی که برای اجرای وظایف دولت ضروری است. کلمه نظم عمومی نشان دهنده فکر یک وضع منطقی و نظامی است که به دستگاه وحدت و روح می دهد. طبیعتاً قوانین مدنی نظم عمومی باید استثناء باشند زیرا حقوق مدنی، مربوط به روابط خصوصی است و محدود نمی شود مگر در مواردی که آزادی فردی، موجب اغتشاش و خطری برای نظام و امنیت عمومی باشد. (مرسلی، ۱۳۸۹، ص١٤)

به نظر می رسد منظور از اصل بودن نظم عمومی در حقوق عمومی این است که در موارد مشکوک، موضوع مورد شک مربوط به نظم عمومی خواهد شد و مراد از استثناء بودن نظم عمومی در حقوق خصوصی این است که در موارد مشکوک، موضوع موضوع مورد شک مربوط به نظم عمومی تلقی نخواهد شد.

البته در مورد استثاء بودن نظم عمومی در حقوق خصوصی ایراداتی است چرا که در حقوق خصوصی نیز دسته بندی های مختلفی وجود دارد که در بسیاری از آنها نظم عمومی به عنوان قاعده جلوه گر می شود مانند مقررات حقوق خانواده.

به هر حال، چه نظم عمومی مربوط به حقوق عمومی باشد و چه مربوط به حقوق خصوصی، همین که عمل حقوقی شخصی با مقررات راجع به نظم عمومی برخورد داشته باشد آن عمل حقوقی فاقد اثر خواهد بود.

فصل دوم

جایگاه نظم عمومی در حقوق ایران

۲-۱- تعریف نظم عمومی

یکی از مفاهیم بنیادینی که در علم حقوق واجد آثار مهم، اما مبهمی است، مفهوم نظم عمومی است. این مفهوم هرچند دارای آثار و تبعات گوناگونی در رشته های مختلف حقوقی است؛ اما هیچ گاه به طور خاص مورد تعریف دقیق قرار نگرفته است. نظم عمومی از قواعد محدود کننده آزادی اراده است که در کلیه نظامهای حقوقی، از جایگاه ویژه و قابل تاملی برخوردار است.

این واژه مرکب از دو بخش(نظم) و (عمومی) است. نظم به معنی قرار گرفتن هر چیز در جای خود است و عمومی دلالت بر شمول و فراگیری، نقطه مقابل خصوصی است؛ نظم عمومی در اصطلاح، شرایطی است که در آن انضباط اجتماعی حاکم و همه چیز چنانچه بایسته است، در جای خود (بر مدار قانون) مستقر گردیده است. نظم عمومی رابطه مستقیمی با منافع عمومی دارد. وجود نظم در جامعه از مستقلات عقل عملی و مورد قبول هر عاقلی است.

روابط میان مردم با یکدیگر و یا روابط مردم با دولت را از حیث گستره به دو دسته می‌توان تقسیم کرد:

۱- ارتباطات یا تعهداتی که قلمرو شخصی دارند مانند معاملات خصوصی روزانه افراد.

۲- ارتباطاتی که قلمرو فرا شخصی را پوشش می‌دهد مانند ارائه خدمات عمومی

در هر دو جنس ارتباط، نظم عمومی سایه‌گستر است.

وضع قواعد و مقررات موضوعه، تدبیر بایسته ای است که حاکمیت برای نهادینه سازی نظم عمومی در هر دو حوزه ی مورد اشاره بدان مبادرت می ورزد. جامعه باید روی ریل از پیش تعیین شده ای حرکت کند تا بتوان به آن جامعه منضبط اطلاق کرد.

به لحاظ دشواری عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی، گروهی از حقوقدانان از جمله دکتر نوین معتقد بر عدم امکان ارائه تعریف از این مفهوم بوده و از تعریف آن صرف نظر نموده اند(نوین،۱۳۸٦،ص۲۳) و گروهی دیگر همچون مرسلی به استناد این که اصولاً قلمرو حقوق خصوصی، قلمرو آزادی اراده است و با توجه به اصل آزدادی اراده، ضروری است که موارد تحدید کننده آن به حداقل برسد و از آنجایی که نظم عمومی یکی از مهم ترین موارد تحدید کننده اراده آزاد طرفین است، معتقد به لزوم ارائه تعریف از نظم عمومی بوده و تعریفی ارائه می دهد که « نظم عمومی در حقوق داخلی یعنی قواعد و مقررات

آمره، به طوری که افراد نمی توانند از اجرای آن سرپیچی نمایند و خلاصه مخالفت با نظم عمومی در حقوق ایران عبارت است از نقض مقررات آمره ».(مرسلی،۱۳۸۱،ص۱۰)

در این نکته که نظم عمومی ، قابل تعریف است یا خیر اختلاف می باشد و دانشمندان حقوق را از این لحاظ می توان به دو دسته تقسیم بندی نمود:

مخالفین معتقدند که نظم عمومی را نمی تواند تحت فرمول کلی و واحدی تعریف شود و با همان تعریف در همه جا و همهٔ موارد به کار رود، بلکه این یک مسئله مصداقی است . قانون به نحو کلی از آن نام برده اما در عمل، باید به مقتضای هر مورد آنرا تشخیص دهند. کاهن[1] اظهارنظر میکند که « نظم عمومی فاقد مبنی و اساس است و نمیتوان از پیش گفت که آیا فلان مسئله ، مربوط به نظم عمومی است یا نه بلکه باید در هر مسئله ای را در مورد و زمان خودش با توجه به اوضاع و احوال روشن ساخت.»(بیودانت به نقل از احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۳۲)

موافقین تعریف این تأسیس همچون سیمون[2] در مقام تعریف مفهوم مذکور برآمده و تلاش بر آن کرده اند که ماهیت آن را به نحو قاطعی بشناسانند. البته این گروه از نظریه واحدی پیروی نکرده اند بلکه ذوق و مشرب خاص هر یک یا چند نفر موجب گوناگونی تعاریف و اختلاف عقاید گردیده است.به بررسی دونظریه نوعی و نظریه شخصی می پردازیم:

نظریه نوعی: عصاره این نظریه این است این است که نظم عمومی ، نتیجه ارتباطات طبیعی اشیاء و اعضاء جامعه بوده و امور تکوینی است که در جهان مادی موجودند.حقوق چنین نظمی را به وجود نیاورده بلکه قوانین و مقررات حقوقی فقط ضامن حفظ نظامی هستند که مستقلاً و طبیعتاً در خارج وجود دارند.به همین مناسبت بعضی از مولفین آن را به نظم عمومی مادی یا خارجی تعبیر کرده اند.این گفته به نظریه حقوق طبیعی بسیار نزدیک است و با این ترتیب میتوان گفت که نظم عمومی ، یکی از اصول حقوق طبیعی محسوب میگردد. (مولدوان به نقل از احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۳۳)

واضح است که طبق این تئوری مراد از نظم عمومی همان نظمی است که در اجتماع بحسب اقتضای طبیعت زندگانی جمعی وجود دارد.

نظریه شخصی: مطابق این نظریه مراد از نظم عمومی آن نظم مادی و خارجی یا طبیعی است که در جامعه وجود دارد نیست بلکه مقصود نظمی است که در اثر قواعد و مقررات حقوق ، در جامعه به وجود آمده و باید محفوظ بماند.وجود نظم عمومی بسته به یک سلسله اصول و افکار راجع به منافع

کل جامعه به نحوی که اگر در آن اصول و افکار از بین بروند دیگر برای نظم عمومی مصادیقی وجود نخواهد داشت.طرفداران نظریه شخصی نظم عمومی را در درون قلمرو و ذات حقوق تصور میکنند و گاهی آن را با نظم حقوقی و اخلاقی یا معنوی موسوم ساخته اند و منظورشان از نظم عمومی اخلاقی یا معنوی نظمی اعتباری است یعنی نظمی که با اعتبار حقوق موضوعه به وجود می آید و با تحول مقررات حقوقی تغییر می نماید. (مولدوان به نقل از احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۳۵)

با این توضیحات می توان این گونه نتیجه گرفت که، مفهوم نظم عمومی یک وسیله اجتماعی است برای کنترل اعمال افراد تا در صورت تجاوز به حریم منافع کل جامعه از آثار آن اعمال جلوگیری شود.به عبارت دیگر ، مفهوم مذکور ،تضمین اصولی برای صحت اجرای مقررات مربوط به منافع عمومی محسوب می شود.

در خصوص مفهوم اصلی نظم عمومی فقط در این امر اتفاق نظر وجود دارد که این کلمه مفهومی سیال و مبهم است و همواره در حال تغییر و دگرگونی است، لذا تعیین ضابطه ای برای تشخیص آن بسیار دشوار بوده در مجموع نظرات موجود می توان قائل به نسبیت نظم عمومی بود.

یکی از علل این امر که تعریف نظم عمومی از ابهاماتی برخوردار است، آن است که نظم عمومی مساله ای مرتبط با اخلاق ، سیاست ، اقتصاد و مبانی تمدن حاکم بر یک کشور است و از آنجایی که مبنای این امور در جوامع دیگر ممکن است متفاوت باشد، به تبع آن مفهوم و مصادیق نظم عمومی از کشور ی با کشور دیگر نیز مختلف است. این نسبیت نه تنها نسبیّت مکانی است، بلکه نسبیّت زمانی نیز هم هست، بدین معنا که در یک کشور مفهوم و مصداق نظم عمومی در هر دوره زمانی دگرگون می شود؛ بنابراین ضابطه مستقر و ثابتی برای شناخت این مفهوم در دست نیست.

۲-۱-۱- نسبیّت مکانی

از آنجایی که می دانیم معنای نظم عمومی در بسیاری کشور ها متفاوت است. از این رو در مواردی ممکن است مسأله ای در یک کشور بر خلاف نظم عمومی حاکم بر آن جامعه باشد اما در کشور دیگر نه تنها بر خلاف نظم عمومی نباشد، بلکه آن عمل مورد حمایت قانونگذار آن کشور قرار گرفته باشد. برای مثال می توان خرید و فروش مشروبات الکلی در کشور های اسلامی و سایر جوامع را بیان داشت.

این امر سبب آن می شود که دادگاه های یک کشور رأیی که در دیگر کشور ها معتبر تلقی می شود را ابطال نمایند. برخی نویسندگان نظم عمومی را قواعدی مربوط به اصول تمدن و نظام خاص هر کشور دانسته اند که با نظم

عمومی کشور دیگر متفاوت است و برخی دیگر آن را بارزترین نماد فرهنگ هر جامعه تلقی کرده اند. (ایرانشاهی،۱۳۹۰،ص۷٦) لذا موضوعات واحد و یکسان می توانند در کشور های مختلف مشمول قواعد متفاوت و متعارض نظم عمومی قرار گیرند.

۲-۱-۲- نسبیّت زمانی

ارزش ها و هنجار های موجود در جوامع مختلف همواره ثابت و همیشگی نیستند، بلکه در طول سالها دستخوش تغییر می شوند. از این رو باید گفت که ممکن است موضوعی که امروزه مخالف با نظم عمومی کشور است، در سالهای آتی این موضوع دستخوش تحولات زمان قرار گرفته شود و جای خود را به ارزش های اساسی دیگری دهد که دیگر آن موضوع مغایر با نظم عمومی جامعه نباشد، بلکه همسو با قوانین به حیات خود ادامه دهد و عکس این قضیه صادق است برای مثال موضوعی که قبلاً مغایر با ارزش های جامعه نباشد امروزه به دلایل متعدد از جمله نفع عمومی بر خلاف نظم عمومی حاکم باشد.

برای مثال در جامعه ایران در سالهای اوّل انقلاب اسلامی حجاب رنگ و بوی دیگری داشت و هر کس بر خلاف الگو های مد نظر حکومت عمل می کرد، مورد منع قانونی قرار می گرفتند اما امروزه دیگر این امر بر خلاف قانون نیست و بلکه احترام به حقوق شهروندی نام گرفته است.

۲-۱-۳- تاریخچه نظم عمومی

اگر چه اصطلاح نظم عمومی، مولود انقلاب فرانسه می باشد اما روح آن در حقوق قدیم وجود داشته است. مطالعه تاریخی نظم عمومی بدون توجه با افکاری که قبل از حقوق جدید فرانسه موجود بوده ناقص خواهد بود، چون حقوق مزبور بیشتر تحت تأثیر حقوق رم قرار گرفته است.

در حقوق رم به هیچ وجه نامی از نظم عمومی برده نشده است، اما از قرن دوم قبل از میلاد که تفکر رمی ها رو به تحول و تکامل گذاشته، تدریجاً اصطلاحات اخلاق و اخلاق حسنه رایج شده است، فقط چیزی که وجود ضمنی نظم عمومی را در آن دوره ثابت می کند، متونی است که در مجموعه حقوق قدیم رم موجود است.این مجموعه که به نام دیژست[1] معروف گردیده، مشتمل بر پنجاه جلد و شامل کلیه احکام و عقاید قضات و حقوقدانان و مقررات قدیم رم می باشد. (سیمون به نقل از احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۸)

مطابق متون مذکور انسان آزاد و اشیاء مقدس ممنوع المعامله بوده و نمی توانسته اند موضوع قراردادی را تشکیل دهند. چنین معاملاتی به فرض وقوع، باطل تلقی می گشته اند.علاوه براین اولپین[2] قاضی و دانشمند رمی که در قرون دوم و سوم میلادی می زیسته در یکی از نوشتجات خویش با اصطلاح جاست پُبلیکوم[4] اشاره نموده است.این اصطلاح معادل«حقوق عمومی» است که امروزه مورد استعمال قرار می گیرد و شامل قوانین امری و قوانین مربوط نفع عمومی و نظم عمومی می شده است. (سیمون به نقل از احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۹)

در قرن ١٤ میلادی با ظهور بارتول[3] نظریه « نفع عمومی » به وجود آمده است. مطابق این نظریه هرنوع قرارداد مخالف نفع عمومی باطل و بلااثر محسوب می شد. استناد به اصطلاح نفع عمومی در قرن ١٥ و ١٦ نیز ادامه یافته و وسیله ای برای دفاع از منافع اجتماعی تلقی می گردیده است.

در قرن ١٧ میلادی دوما[1] اصطلاح « نظم اجتماعی » را ابداع نموده است. دوما اولین کسی است که در فرانسه با استعمال کلمات « نظم اجتماعی » و « نظم خارجی » به مفهوم نظم عمومی توجه کرده است. خلاصه نظریه دوما چنین است « قرار داد نتیجه طبیعی نظم اجتماع مدنی است و ارتباطی است که خداوند بین افراد بر قرار ساخت است. به وسیله قرارداد افراد جامعه حوائج مادی و اقتصادی خود را رفع می کنند. قرارداد با اراده افراد آزاد است، اما نباید با نظم اجتماع مخالفت داشته باشد. تعهد مخالف نظم اجتماعی ، تعهد جنایت باری است. قراردادها الزام آورند به شرطی که مخالف قانون و اخلاق نباشند . . . تعهد هر فرد برای او به منزله قانون است و چون هر فرد عضو جامعه است پس نباید نظم جامعه را جریحه دار سازد. اشخاصی که بر اثر اعمال خود نظم خارجی را جریحه دار سازند به وسیله قانون اجتماعی تنبیه می گردند.»(سیمون به نقل از احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۱۰)

همان طوری که ملاحظه می شود در زمان های قبل از انقلاب کبیر فرانسه مفهوم نظم عمومی دارای معنای موسعی بوده است، از قبیل اخلاق حسنه ، حقوق عمومی ، خیر عمومی ، مصلحت عمومی ، نفع عمومی و نظم اجتماعی و هر عمل حقوقی مخالف با آنها باطل محسوب می گردیده است.

اصطلاح نظم عمومی در حقوق ایران سابقه زیادی ندارد و برای اولین بار در ماده ۹۷۵ قانون مدنی که جزء کتاب اول جلد دوم قانون مذکور در سال ۱۳۱۳ به تصویب رسیده، آورده شده است که این ماده مقرر می دارد که: « محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی

محسوب میشود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». این مسأله از طرف علمای حقوق مورد بحث و تحلیل مفصلی قرار نگرفته و رویه قضایی ثابتی بر اساس آن به وجود نیامده است. فقط گاهی در بعضی تالیف های فارسی آن هم به طور اشاره وار مورد توجه قرار گرفته است.

یکی از حقوقدانان ما، نظم عمومی را مجموعه سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره کشور و حفظ امنیت و اخلاق که تجاوز بدان‌ها ممکن نیست، می‌داند.(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۷۱۷)

بسیاری از قانون‌گذاران ترجیح داده‌اند که این اصطلاح را تعریف نکرده و مسأله را به قاضی واگذارند. ماده ۹۷۵ ق.م ایران نیز هیچ تعریف و مصداقی از آن ارائه نداده است و ظاهراً تشخیص موارد مغایر نظم عمومی ایران را به قاضی سپرده است.

از آنچه گفتیم چنین بر می‌آید که تلاش قانون‌گذاران و حقوقدانان برای تبیین این مفهوم هنوز به نتیجه مطلوب نرسیده و تعاریف ارائه شده نیز خود آن چنان مبهم هستند که در روشن ساختن نظم عمومی، نمی توانند نتیجه مطلوبی را حاصل کنند. اما می‌توان گفت که قاضی در تشخیص مصادیق نظم عمومی دولت متبوع خود، نقشی کلیدی دارد هر چند باید بپذیریم که دادرس در این راه، به جای تفسیر شخصی و سلیقه‌ای باید به اندیشه حاکم بر جامعه و مصالح عمومی کشور خود مراجعه کند.

۲-۲- ماهیت نظم عمومی

عده ای از علمای حقوق همچون مالوریا[1] وجود مفهوم نظم عمومی را زائد می دانند و معتقدند که این همان مفهوم حقوق عمومی است که از قدیم الایام استعمال می شده و برای حفظ منافع عمومی به کار می رفته است و نظم عمومی چیزی زائد بر آن نیست و اختلاف اصطلاحات و الفاظ موجب تغایر معانی مفاد آن نمی تواند باشد. اما اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان از جمله سیمو[2] به هستی مفهوم نظم عمومی و سودمند بودن آن در حقوق معتقدند و آن را از ضرورت حقوق جدید تلقی می نمایند📬 حقوق عمومی عبارت از مجموعه قواعد و مقررات الزامی است که موجد سازمان های سیاسی و اداری دولت بوده و حاکم بر روابط فیمابین خود این سازمان ها از یک طرف ، و روابط این سازمان ها با افراد از طرف دیگر می باشد و حال اینکه مفهوم نظم عمومی ، یک تأسیس حقوقی است

که بر همه قواعد و مقررات حقوقی حتی حقوق عمومی سلطه و نظارت دارند. قدیمی ترین متنی که به اصطلاح نظم عمومی اشاره نموده ماده ٦ قانون مدنی فرانسه می باشد. ماده مزبور اعلام می دارد که « با قراردادهای خصوصی نمی توان قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نقض نمود. » (احمدی واستانی،١٣٤١،صص٢٧و٢٨)

در قوانین ایران نیز مواد متعددی موجود است که صریحاً یا ضمناً به نظم عمومی اشاره کرده است مانند مواد ٩٧٥ و ١٢٩٥ قانون مدنی و مواد ٦ ، ٣٠٣ ، ٣٠٤ قانون آیین دادرسی مدنی.

در میان مواد مذکور ، ماده ٩٧٥ قانون مدنی از همه کلی تر بوده و به صورت یک فرمول عام ، تنظیم گردیده است. طبق این ماده « محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قرارداد های خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه و یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشند. »

در تعقیب این حکم بند ٢ ماده ١٢٩٥ قانون مدنی برای استنادی که در خارجه تنظیم شده و « مفاد آن ها مخالف با قوانین مربوط با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران باشد » اعتباری قائل نگردیده است. بر اساس مواد قانون مدنی ماده ٦ قانون آیین دادرسی مدنی نیز اعلام داشته که : « عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی و یا بر خلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.»

برای آنکه ماهیت چیزی درست و صحیح درک شود باید مورد تعریف قرار گرفته و مبانی آن روشن شود و ویژگی هایی اساسی آن مورد بررسی قرار گیرد و نظم عمومی نیز از این قاعده مستثنی نیست؛ ویژگی اساسی نظم عمومی این است که عضویت افراد در گروههای اجتماعی مستلزم تعهداتی است که این تعهدات و تکالیف، نهاد ممتازی را ایجاد می کند که به صرف توافق افراد قابل رفع نمی باشد، لذا اعضای جامعه نمی توانند بر خلاف آنها تراضی نمایند و در صورت تراضی بر خلاف آنها، این تراضی بی اثر خواهد بود.اما مبنا یا مبانی این ویژگی چیست؟

٢-٤- مبانی نظم عمومی

مبنا در اصطلاح حقوقی به معنای عنصری است که به منزله پایه ساختمان حقوقی بوده و محور اساسی مقررات حقوقی می باشد که با فقدان آن، مقرررات حقوقی زایل می شوند. هر کدام از نهاد های حقوقی را در نظر بگیریم برای خود یک مبنا و پایه ای دارد؛ خود حقوق به مفهوم کلی دارای مبنا است

و مبنای آن، اشتباه است که با از بین رفتن اجتماع، دیگر حقوقی در کار نخواهد بود؛ همانطور که حقوق به طور کلی دارای مبنا است، تمام سازمان های فرعی حقوق هم دارای مبنا یا مبانی خاصی می باشند.

برای نظم عمومی، مبانی مختلفی را می توان قائل شد. نقطه مشترکی که از تعریف های ارائه شده از نظم عمومی به دست می آید، «منافع عمومی» می باشد لذا برخی مصالح و منافع عمومی را مبنای نظم عمومی قرار داده و آن را ضابطه روشنی برای تشخیص قوانین امری و تکمیلی قرار داده اند و بر این مبنا گفته اند قوانینی که برای حفظ منافع جامعه وضع گردیده اند مربوط به نظم عمومی و قوانینی که برای حفظ منافع فرد ایجاد گردیده اند از قوانین تکمیلی می باشند.(کاتوزیان،۱۳۹۰،ص۱۵۹) اما باید دانست که در تمام قوانین کم و بیش منافع اجتماع لحاظ می باشد منتها در برخی از قوانین این منافع در حدی نیست که جلوی آزادی اراده را بگیرد، گذشته از این «مصلحت» یک اصطلاح فلسفی و وجدانی بوده و تعریف نظم عمومی با مصالح جامعه تعریف شیئی به شیئی اخفی می باشد.(احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۲۰)

برخی[1] «سیاست» را مبنا نظم عمومی دانسته اند و این نظر هر چند دور از منطق نیست اما این مفهوم حقوقی را بازیچه سیاست قرار می دهد. و برخی دیگر[2] نظم عمومی را به لحاظ دو مکتب اصالت فرد و مکتب اصالت اجتماع به موقع بحث گذارده اند.(احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۲۱) برخی دیگر همچون احمدی واستانی برای تعیین مبنای نظم عمومی از اصطلاح « تأسیس حقوقی » استمداد کرده و در توضیح آن می نویسد: « تأسیس حقوقی عبارت است از سازمان و فکر حقوقی که مشترکات را زیر یک عنوان جمع نموده و ناظر به هدف و جنبه خاصی از حیات اجتماعی بوده و برای تضمین آن تعدادی از قواعد و مقررات حقوقی به وجود آمده و دورش مجتمعند به نحوی که آن سازمان با مجموع قواعد و احکام مخصوص و مربوط به خود، قسمتی از سازمان حقوق جامعه را تشکیل می دهد مانند دولت و حکومت و مالکیت و زوجیت و عقد و بسیاری از مفاهیم دیگری که در حقوق هر کشور وجود دارند.»(احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۲۲)

وسعت قلمرو این تأسیسات حقوقی یکسان نبوده برخی وسیع و برخی دیگر محدود تر می باشند و تعدادی از این تأسیسات حقوقی کوچک در داخل حوزه تأسیسات حقوقی بزرگ تر قرار می گیرند.

مثلاً خانواده که یکی از تأسیسات حقوق خصوصی می باشد به اعتباری شامل تأسیسات فرعی همچون زوجیت و غیره می باشد و به اعتبار دیگر خود آن جزء دولت که تأسیس حقوقی بزرگ می باشد، است.(مرسلی،۱۳۸۹،ص٦)

حال برای پی بردن به این که فلان شرطی که در آن قرارداد ذکر شده برخلاف نظم عمومی است یا خیر؛ باید ابتدا توجه کرد این شرط مربوط به کدام تأسیس حقوقی است و آیا این شرط با آن تأسیس حقوق آنچنان مغایرتی دارد که وجود یکی نفی دیگری باشد یا خیر آن شرط با آن تأسیس حقوقی قابل جمع می باشد که در صورت اول آن شرط برخلاف نظم عمومی است و در صورت دوم برخلاف نظم عمومی نیست. بنابراین از نظر آنان مبنای نظم عمومی مقتضای این تأسیسات حقوقی می باشد.

برای روشن تر شدن مطالب ارائه شده به بررسی دو مثال می پردازیم:

مثال اول: ضمن عقد ازدواج شرط می شود که اختیار انتخاب مسکن با زوجه باشد. برای تشخیص مخالفت یا عدم مخالفت شرط مذکور با نظم عمومی آن را در برابر تأسیس زوجیت که قبل از همه چیز بدان رابطه مستقیم و صریح دارد قرار می دهیم و چون زوجیت با تأسیسات دیگری مربوط است و باید یکایک آن ها را از مد نظر قرار دهیم. بدواً ملاحظه می کنیم که چنین شرطی با مقتضای ذات عقد نکاح که تأسیس مقدماتی زوجیت است مخالفتی ندارد یعنی با بودن شرط هم، عقد صحیح و زوجیت محقق است. سپس آن را با تأسیس خانواده که نتیجه زوجیت است می سنجیم و می بینیم که با هیچ یک از مبانی خانواده من جمله با ریاست شوهر در خانواده هم معارضه ندارد. زیرا معنی ریاست شوهر که در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی بدان حکم شده است این نیست که نام برده علی الاطلاق و بدون هیچ قید و حصری به هر نحویکه بخواهد خانواده را اداره کند و این ریاست به هیچ وجهی که به بردگی زن منجر شود قرار، ندارد بلکه بعکس ، سلطه مذکور به وسیله مصالح افراد خانواده محدود می گردد و در جهت حمایت و تضمین شخصیت زن و فرزندان سیر می نماید. به علاوه آن را با خود تأسیس شرط ، مورد سنجش قرار می دهیم و به این نتیجه می رسیم که شرط مذکور از مصادیق شروط فاسد یا مفسد نیست. به این ترتیب معلوم می گردد که چنین شرطی صحیص بوده و با نظم عمومی که حمایت کننده تأسیسات می باشد مخالف نیست.

مثال دوم: در عقد نکاح شرط می گردد که زوجه مکلف به تمکین خاص نیست. در مورد این شرط نیز به شرح فوق عمل می نماییم. در اولین نظر درک می کنیم که شرط فوق الذکر بر خلاف نظم عمومی

است زیرا با مقتضای ذات عقد نکـاح معارضـه مـی نمایـد. تمکـین خـاص ، مهـم تـرین اثـر ذاتـی نکـاح اسـت و حال آن که شرط عدم آن درست مانع تحقق اثر مذکور می باشد.

۲-۵-منابع نظم عمومی

قلمرو نظم عمـومی متکـی بـه نظـم عمـومی اسـت؛ بـدین معنـا کـه هـر چـه منـابع نظـم عمـومی بیشـتر باشـد قلمرو نظم عمومی وسـیع تـر خواهـد بـود و در نتیجـه از وسـعت قلمـرو حاکمیـت اراده کاسـته خواهـد شـد و بالعکس.

۲-۵-۱- منابع مدون نظم عمومی

۲-۵-۱-۱- قانون

در این نکته نمی توان تردید داشـت کـه قـانون نوشـته مهـم تـرین منبـع نظـم عمـومی اسـت ، بـه عبـارتی مـی توان گفت کـه قـانون کـاملترین شـکل حمایـت جامعـه اسـت و آزادی در زنـدگی منـوط بـه قـانون مـی باشـد. تردیدی نباید داشت که همـه قـوانین مربـوط بـه نظـم عمـومی نیسـتند بـه دلیـل اینکـه مقصـود بلاواسـطه همـه آنها منافع کل جامعه نمـی باشـد. در هـر مـوردی کـه روشـن شـد هـدف مسـتقیم قـانونی صـیانت نفـع جامعـه است بدون تأمـل ایـن حقیقـت در نظـر مـا جلـوه گـر مـی شـود کـه چنـین قـانونی از حـدود اختیـار و آزادی فـردی خـارج اسـت و افـراد ملـزم بـه رعایـت احتـرام آن بـوده و مجـاز بـه تخلـف از آن نمـی باشـند.از اینجـا معلوم میگردد که هر قانون الزامی ، منبع نظم عمومی محسوب است.

باید گفت که قانون شـامل قـانون اساسـی، مصـوبات مجلـس، عهدنامـه هـا، آیـین نامـه هـا و بخـش نامـه هـای اداری و حتی عرف و عـادت و نیـز نظریـات علمـای نیـز مـی باشـد و دارای سلسـله مراتبـی اسـت، کـه قـانون اساسی و نیز قوانین دیگر در خصوص نظم عمومی اشاراتی داشته اند.

۲-۵-۱-۱-۱- درجه های اجبار ناشی از قانون

تقسیم قوانین بـه امـری و تکمیلـی، یـک تقسـیم بنـدی قـانونی نیسـت؛ بـه دیگـر سـخن قانونگـذار همزمـان بـا وضع یک قانون، نسبت بـه امـری بـودن یـا تکمیلـی بـودن آن سـخنی نمـی گویـد و ایـن بـر عهـده دادرسـان و حقوقدانان است که وصف قانون را از این نظر تشخیص دهند.

۲-۵-۱-۱-۲- قانون امری

در مواردی رعایت مفاد قانون به حدی در نظر قانونگذار اهمیت دارد که به هیچ عنوان نمی تواند نقض آن را برتابد و در نتیجه به مردم که علی الاصول مکلف به اجرای قانون هستند، اجازه نمی دهد خلاف آن توافق و عمل کنند. به عنوان مثال مقررات راجع به طلاق از چنان اهمیتی نزد قانونگذار برخوردار بوده که نمی تواند توافق خلاف آن را تحمل کند؛ یعنی مثلازوجه نمی تواند با توافق زوج خود را از نگاه داشتن عده طلاق مصون سازد. مثال دیگر قوانین آمره، مقررات جزایی هر کشور است که توافق افراد در برابر آنها فاقد هرگونه اثر حقوقی است. هیچ کس نمی تواند با توافق با دیگری، به او مجوز ارتکاب یک عمل مجرمانه، مثلاً توهین یا ضرب و شتم را اعطا کند. رضایت قربانی در ارتکاب جرم اثری بیش از تخفیف احتمالی مجازات و آن هم در شرایطی، در پی نخواهد داشت. از مصادیق قوانین آمره در نظام حقوقی ایران می توان از قوانین جزایی، قوانین مربوط به آیین دادرسی، قوانین ثبتی و مرتبط با حقوق عمومی مثال زد.

۲-۵-۱-۱-۳- قانون تکمیلی

همیشه منظور قانونگذار وضع قواعد تخلف ناپذیر نیست و گاه خود مقنن می خواهد یا اراده ضمنی طرفین قرارداد را بیان کند یا ترتیبی را که به نظر او مفیدتر می رسد، یادآور شود. باید دانست که در این موارد نیز اراده قانونگذار الزام آور است اما این الزام، منوط به عدم توافق اشخاص بر خلاف مفاد قانون تکمیلی است. به دیگر سخن، قوانین تکمیلی قانونگذار برای حل و فصل مسائل حقوقی افراد جامعه است اما این راهکار ممکن است با خواست برخی از اشخاص سازگار نباشد و در نتیجه، توافق مخالف مفاد قانون شکل بگیرد. این توافق، لازم الاتباع و در رابطه میان طرفین در حکم قانون خواهد بود. اما در صورتی که توافقی مغایر با راه حل برگزیده قانون صورت نگیرد، مفاد قانون تکمیلی از همان درجه الزامی برخوردار است که قوانین آمره برخوردارند. بنابراین، این تصور که قوانین تکمیلی الزام آور نبوده یا فاقد ضمانت اجرا هستند، نادرست است. به عنوان مثالی برای قانون تکمیلی می توان از ماده ۱۱۱٤ قانون مدنی یاد کرد که اعلام داشته است: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکنی نماید مگر آن که اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد».بدیهی است عدم توافق زوجین مبنی بر حق انتخاب مسکن توسط زن، سبب لازم الاتباع بودن راهکار این ماده در تبعیت زن از اقامتگاه انتخابی شوهر خواهد بود.

۲-۵-۱-۱-٤- معیار تشخیص آمره بودن قانون

همیشه قوانین تکمیلی مانند دو مورد فوق نیستند که در ذیل خود ماده، قرینه ای مبنی بر تکمیلی بودن به چشم خورد. در چنین مواردی باید در جست وجوی ملاکی برای تفکیک میان قوانین امری و تکمیلی بود. ملاک های مختلفی توسط اندیشمندان پیشنهاد شده است اما شاید بتوان مفهوم نظم عمومی را مناسب ترین ملاک برای تفکیک قواعد امری از تکمیلی دانست. اگر بخواهیم در همین اندک، تعریفی از نظم عمومی به دست دهیم می توان گفت: «قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی هستند که هدف از وضع آنها حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز به آنها، نظامی را که لازمه حسن جریان امور اداری، سیاسی، اقتصادی یا حفظ خانواده است بر هم زند». چنین قوانینی آمره اند و هر قانونی که تجاوز به آن نظام حقوقی جامعه را مخدوش نسازد تکمیلی است و توافق خلاف آن اعتبار دارد.(کاتوزیان،۱۳۸۵،ص ۱٦۰)

۲-۵-۱-۲ - قراردادها و اسناد بین المللی

قرار دادها و اساسنامه های بین المللی وقتی که مورد تصویب مقامات قانونگذاری کشوری واقع شدند قدرت قانونی می یابند و بدین اعتبار است که در حکم قانون و جزء منابع مدون نظم عمومی ، محسوب می گردند.شکی نیست که هرگاه در چنین اسنادی مقررات غیر قابل نقصی پیش بینی شده باشد، قطعاً به نظم عمومی ارتباط خواهد داشت.در این صورت نه تنها دولتی که آنرا قبول نموده نمی تواند از زیر بار آن اجراء قواعد الزامی آنها شانه خالی کند بلکه افراد جامعه نیز باید آنها را مانند سایر مقررات محترم شمارند و بفرض اینکه در روابط خصوصی خود و ضمن معاملات از رعایت آنها تخلف ورزند، دادگاههای صالحه باید بطلان اعمال مذکور را اعلام نمایند.

۲-۵-۲ – منابع غیر مدون نظم عمومی

۲-۵-۲-۱-اخلاق حسنه

اخلاق حسـنه، یکـی از منـابع غیـر مکتـوب مفهـوم نظـم عمـومی محسـوب مـی گـردد. عقایـد علمـی و رویـه های قضایی فراوانی کـه در کشـورهای مختلـف بـه وجـود آمـده نشـان دهنـده ایـن حقیقـت اسـت کـه اخـلاق حسنه در عین اینکه مفهوم مسـتقلی بـه شـمار مـی آیـد، واقعـاً جلـوه خاصـی از نظـم عمـومی و بـا آن بسـتگی غیر قابـل انفکـاکی دارد و بایـد آنـرا از منـابع مهـم نظـم عمـومی بـه حسـاب آورد و چـون در یکـی از مباحـث آینده راجع به این مطلب به تفصیل سخن خواهیم گفت، لذا فعلا از ادامه بحث خودداری می گردد.

۲-۵-۲-۲ – عرف و عادت

عرف و عادت ، یک نـوع قواعـد حقـوقی هسـتند کـه در نتیجـه زنـدگی اجتمـاعی انسـان بـه وجـود آمـده انـد بـدون آنکـه اشـخاص یـا مقامـات صـلاحیتدار حاکمـه در ایجـاد آنهـا دخالـت و تـاثیری داشـته باشـند و ایـن قواعد ، به منزله مصالح اولیـه سـاختمان حقـوق هـر قـوم و ملتـی محسـوب بـوده و امـروزه هـم مکمـل قـوانین کشورها به شـمار مـی آینـد.زیرا قانونگـذار ، هـر قـدر دقیـق و آگـاه بـا احتیاجـات جامعـه باشـد بـاز آن انـدازه بصیرت ندارد که به تمـام زوایـای زنـدگی اجتمـاعی ، سرکشـی نمـوده و ریـزه کـاری هـای حیـاتی را مـد نظـر قرار دهد و همه نیازمندیهای حقوقی را ضمن مجموعه قانونی مرتفع سازد.

افکار و عقول بشری رو به تحول و تکامـل قطعـی بـوده و در تکـاپوی زنـدگی بهتـر بـه سـوی کمـال پـیش مـی رود در چنـین وضـع متغیـری، قـوانین موضـوعه بـه تنهـایی جوابگـوی نیازمنـدیهای افـراد و جامعـه نخواهنـد بود و عوامل دیگری لازم است که خلاء های قوانین را پر کرده و نواقص آن را مرتفع و تکمیل نماید.

هرچند که این قبیـل قواعـد گـاهی ممکـن اسـت بـر اثـر توافـق صـریح یـا ضـمنی دو یـا چنـد نفـر وابسـته بـه صنف و حرفه ای در روابـط میـان خودشـان ایجـاد گـردد و سـپس بـه تـدریج ، عمومیـت پیـدا کنـد و حتـی تغییر شکل نسبی بدهد، ولی اصولاً می تـوان آنهـا را بـه وضـع تعینـی الفـاظ تشـبیه کـرد. بـر ایـن‌اسـاس دانـش حقوق احراز دو رکن اساسی مادی و معنوی را برای حقوقی بودن‌پدیده‌ی عرف ناگزیر می‌داند.

۲-۵-۲-۲-۱ رکن مادی

رکن مادی عـرف کـه در واقـع ظـرف قواعـد عرفـی اسـت، عبـارت از عـادت یـا عمـل و روشـی اسـت کـه بـه مـدت طـولانی بـین مـردم مرسـوم شـود و همـه در برابـر واقعـه‌ای معـین‌آن را بـه کـار بندنـد. ایـن رکـن در صـورتی کامـل اسـت کـه عمـومی و پایـدار باشـد منظـور از عمـومی بـودن ایـن نیسـت کـه حتمـا تمـام مـردم جامعه به آن خو گرفتـه باشـند، بلکـه‌منظـور ایـن اسـت کـه بیشـتر کسـانی کـه در قلمـرو آن قـرار دارنـد، از آن متابعت نمایند؛ زیـرا بسـیاری از عـرف‌هـا مخصـوص محـل یـا گروهـی معـین از اشـخاص اسـت، البتـه درایـن صورت نیز باید در میان همان گـروه معـین جنبـه‌ی عمـومی پیـدا کـرده باشـد. یعنـی‌انـدازه‌ای رعایـت‌شـود کـه بتوان گفت تقریبا همه آن را پذیرفته و محترم‌می‌شمارند.

مثلا اگـر عـادتی بـه عنـوان عـرف در تجـارت کـالایی مـورد اسـتناد قرارمـی‌گیـرد، بایـد در میـان بازرگانـان آن کـالا چنـان مرسـوم باشـد کـه همـه تخلـف از آن رامـوردی اسـتثنایی بشـمارند و در وجـود آن عـرف تردیـدی نباشد. از این نکته نیز نبایدفروگذار بـود کـه معمـول‌بـه مسـتمر بـودن عـرف، الـزام قـدیمی بـودن آن را آن‌گونـه که‌برخی بـر آنانـد، در پـی نـدارد. زیـرا بـا احـراز عناصـر سـامان دهنـده‌ی عـرف دیگـر جـایی‌بـرای تردیـد در تحقق و اعتبار آن باقی نمی‌ماند.گذشـته بـر ایـن چـه بسـیاراندعرف‌هـایی کـه دارای تـازگی مـی‌باشـند. توجـه و بررسـی پدیـده‌ی عـرف بـه ویـژه درحقـوق بـین‌الملـل بـر درسـتی ایـن سـخن گـواه است.(کاتوزیان،۱۳۸۵،ص۱۷۸)

از آن چه تاکنون درباره‌ی رکن مادی عرف که گـاه بـا عنـوان رکـن و عامـل عملـی نیزنـام بـرده مـی‌شـود، گفتـه آمد، روشن می‌گـردد کـه ایـن رکـن همـان تکـرار، پایـداری وفراگیـری و عمومیـت‌یـک عمـل معـین اسـت کـه پیش از این در مبحث عناصر عرف‌درباره‌ی آن سخن گفته شد.

۲-۵-۲-۲-۲ رکن معنوی

منظـور از رکـن معنـوی عـرف کـه گـاه از آن بـا عنـوان عنصـر و عامـل روحـی و روانـی نـام‌بـرده مـی‌شـود، پـذیرش معنـوی مـردم و جامعـه اسـت کـه بـه آن ویژگـی الـزام و ضـمانت‌اجـرا مـی‌بخشـد. ایـن احسـاس و اعتقاد به رعایت پدیده‌ی عـرف و تنظـیم رفتـار براسـاس‌آن بـدون ایـن کـه در مجموعـه‌ی قـانون یـا نظـام نامـه و آیـین نامـه‌ای ثبـت و ضـبط شـده باشـد، اسـت کـه آن را الزامـاور و موجـد تعهـد و تکلیـف سـاخته و در

شمار و زمره‌ی قواعدحقوقی قرار می‌دهد. به‌گونه‌ای که گاه دولت‌ها خود را ملزم به حمایت از آن می‌بینندو محاکم نیز استناد به آن را مورد پذیرش قرار می‌دهند.

این رکن که تشخیص آن‌خالی از صعوبت و دشواری نیست، همه‌ی نیروی عرف حقوقی در آن نهفته است وعرف به وسیله‌ی آن ضمانت اجرا یافته و از عادات و رسوم جاری در زندگی‌اجتماعی باز شناخته می‌شود. بدین جهت است که به بسیاری از اعمال و عادت‌ها که‌مدت‌ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده ولی از دیدگاه و نظر مردم اجباری‌نیستند و مردم آن را همانند یک قاعده‌ی حقوقی محترم نمی‌دارند، عرف اطلاق‌نمی‌گردد و تنها جزو آداب و رسوم و نزاکت‌های اجتماعی به‌شمار می‌آیند. همانندآدابی که توده‌ی‌مردم در طرز معاشرت و برخورد با هم رعایت می‌کنند یا مراسم‌محلی که در پاره‌ای از جشن‌ها و سوگواری‌ها برپا می‌سازند.(کاتوزیان،۱۳۸۵،ص۱۸۸)

بنابراین تنها هنگامی رفتار اجتماعی به عنوان پدیده‌ی عرف شناخته خواهد شدکه وجود دو رکن اساسی مادی و معنوی در آن احراز گردد. این عناصر و ارکان‌تشکیل‌دهنده‌ی عرف حقوقی با وجود تعدد گونه‌های عرف همواره و در همه‌ی‌موارد یکسان بوده و با اختلاف زمان و مکان تغییر نمی‌یابد.

۲-۵-۲-۲-۳ موارد رجوع صریح به عرف

در بسیاری از موارد قانونگذاربه صراحت حکم مسائل را به عرف احاله کرده است: چنان که در ماده ۱۳۲ قانون مدنی که در حدود اختیار مالک در تصرفات خود معین شده و یکی از مهم ترین قواعد مدنی مربوط به حقوق مالکیت است، برای داوری عرف سهم بسزایی معین گردیده است. به موجب این ماده: « کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.»

در آثار قراردادها نیز، عرف اهمیت بسیار دارد. ماده ۲۲۰ قانون مدنی در باب اعتبار « عادات قراردادی » می گوید: « عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند».

۲-۵-۲-۲-٤ موارد رجوع ضمنی به عرف

در پاره ای مواد، قانون از حکم عرف سخن نگفته است، ولی به طور ضمنی از آن یاری گرفته و حکم عرفی را به عنوان قاعده حقوق پذیرفته است. به عنوان مثال، ماده ۹۷۵ قانون مدنی اجرای قراردادهای خصوصی و قوانین خارجی را که برخلاف اخلاق حسنه است ممنوع می دارد. ولی، اخلاق حسنه امری جز عرف محسنین و پرهیزکاران نیست، و تنها به این وسیله میتوان حکم ماده ۹۷۵ را به درستی اجرا کرد.(کاتوزیان،۱۳۸۵،ص۱۸٤)

همچنین، وقتی قانون سخن از قیمت یا مهلت عادله می گوید(مواد١٦٧و۲۷۷ قانون مدنی) به طور کلی ضمنی داوری عرف را درباره عادلانه بودن آنها می پذیرد، یا اگر تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت می شناسد(ماده ۳۵) ناچار حکم عرف را درباره تحقق تصرف معتبر می داند.

۲-۵-۲-۳ رویه قضایی

رویه قضایی به همان علتی که یکی از منابع حقوق محسوب می شود، یکی از منابع مهم نظم عمومی تلقی می شود.نقش قاضی هر کشور در تکمیل ساختمان حقوق آن بی اهمیت تر از نقش مقنن نیست و نمی توان گفت که تأثیر افکار قضات در تحول و تکامل حقوق جامعه از مقنن کم تر است. مقرراتی که مقنن ممکن است به صورت ناقص یا متزلزل به وجود بیاورد به تنهایی جهت حفظ نظم جامعه کافی نخواهد بود. این مقررات در عمل باید مصادیق خارجی خود منجمله با اعمال حقوقی افراد تطبیق گردد. عملاً تشخیص قوانین راجع به نظم عمومی و غیر آن و تطبیق آن قانون با اعمال و درک مطابقت یا عدم مطابقت آنها از وظایف قضات است در واقع می توان گفت قاضی مانند خیاطی است که پارچه قانون را با اندام هر عمل حقوقی مورد اختلاف می سنجد و حکم قانون را به صورتی که مناسب مورد باشد از طریق تفسیر اعلام می دارد.برای مثال باید گفت مطابق ماده ۱۱۰٦ قانون مدنی « در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است. » حال فرض کنیم ضمن عقد نکاحی شرط شود که نفقه مطلقاً و برای همیشه حق ندارد از زوج مطالبه نماید آیا این شرط ، صحیح است یا خیر؟

در وهله اول ممکن است تصور شود که با در نظر گرفتن مادهٔ ۱۱۱۹ قانون مدنی که می گوید:« طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگری بنمایند . . . » چنین شرطی صحیح است. اما این عقیده با این ماده قبل توجیه و درست

نخواهد بود ، به جهت آنکه قواعد عمومی و احکام شروط باطل و مبطل قبلاًدر موارد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی بیان شده اند و مقنن در واقع خواسته است ضمن ماده ۱۱۱۹ به مناسبت اهمیت عقد ازدواج روی خلاف مقتضای عقد تأکید و یادآوری نماید.

زیرا از میان تمام شروط مذکور در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ تنها شرط مقتضای عقد است که نکاح را ماهیتاً باطل می سازد و شروط دیگر در ماهیت عقد نکاح تأثیری ندارد. پس تکرار اینجمله در ماده ۱۱۱۹ دلیل تجویز سایر شروط فاسد نمی باشد. بند۳ ماده ۲۳۲ که بیان می دارد که « شروطی که نامشروع است » ما را به این فکر سوق میدهد که آیا شرط اسقاط قبلی نفقه زوجه از شروط نامشروع محسوب است یا خیر؟ در این مورد ممکن است نظریات مختلفی برای قضات دادگاهها بوجود آید.

بدین استدلال که هدف و غرض قانون از ایجاد تأسیس مزبور ، حمایت سلامتی افراد خانواده و جلوگیری از این پیش آمد است که آنان سربار جامعه شوند. در حقوق اسلام نفقه زن از حقوق غیر قابل اسقاط و نتیجتاً راجع به نظم عمومی تلقی گردیده است.

۲-۵-۲-۳-۱ موارد دخالت رویه قضایی در قانون

دادگاه در چهار مورد ناچار است به عرف و روح قانون و اندیشه های حقوقی (فتاوای معتبر) استناد کند:

۱- در صورت نقص قانون

۲- در حالت سکوت قانون

۳- در مورد اجمال قانون

٤- در مورد تناقض قوانین

۲-۵-۲-۳-۲ نقص قانون

قانون وقتی ناقص است کـه نتوانـد اعمـال و وقـایع حقـوقی را کـه بـه حکـم عقـل و انصـاف بایـد مشـمول آن باشـد، در برگیـرد. در چنـین مـواردی، دادرس مـی توانـد بـا اسـتفاده از هـدف قانونگـذار، مـتمم حکـم نـاقص اورا بیابد.(کاتوزیان،۱۳۸۵،ص۱۹۵)

۲-۵-۲-۳-۳ سکوت قانون

در بسـیاری از فـروع، قـانون هـیچ حکمـی نـدارد، و بـر دادرس اسـت کـه روح قـوانین و عـرف و عـادت راه حلی برای آنان بیابد.

برای مثال، هـیچ یـک از قـوانین مـا دربـاره مهلـت اجـرای قـانون در خـارج از کشـور حکمـی نـدارد، و دادگـاه باید تصمیم بگیرد که آیا در هر مورد خاص با توجه بـه قـرائن کـار بایـد ایـن مهلـت را معـین کـرد، یـا از مفـاد قانون می توان راه حل کلی برای این مشکل پیدا کرد؟

اصـل ١٦٧ قـانون اساسـی قاضـی را موظـف کـرده اسـت کـه در مـورد سـکوت قـانون بـه اسـتناد منـابع معتبـر اسـلامی یـا فتـاوی معتبـر رأی بدهـد. ولـی، آنچـه از نظـر نویسـندگان قـانون دور مانـده ایـن اسـت کـه در بسیاری موارد از منابع و فتاوی نیز نمی تـوان حکمـی بـه دسـت آورد، آنگـا ایـن پرسـش بـه میـان مـی آیـد کـه دادرس چه باید بکند؟

از سویی ناچار به صـدور حکـم اسـت، و از سـوی دیگـر، منبـع کـافی در اختیـار نـدارد. در چنـین حـالی اسـت که ناچار باید به عرف و عقل متوسل شـود. عقـل او را در یـافتن حکـم یـاری مـی کنـد ولـی عقـل مسـتقل نیـز تابع ضرورت ها و نیـاز هـای اجتمـاعی اسـت و در واقـع یکـی از عوامـل مهمـی کـه آن را رهبـری مـی کنـد « عرف » است.(کاتوزیان،۱۳۸۵،ص١٩٦)

۲-۵-۲-۳-٤ اجمال قانون

گاهی عبارت قانون به ظاهر نقصی ندارد، ولـی بـرای بیـان حکـم نارسـا اسـت: یعنـی از واژه هـایی کـه بـه کـار برده شـده ممکـن اسـت دو یـا چنـد معنـی متعـارض اسـتنباط کـرد. بـرای مثـال؛ بـه موجـب مـاده ۲۰۱ قـانون مـدنی: « اشـتباه در شـخص طـرف بـه صـحت معاملـه خللـی وارد نمیـآورد مگـر در مـواردی کـه شخصـیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.»

واژه « خلل » در زبان حقوقی مفهوم مشخص ندارد و معلوم نیست خللی که به اشتباه به درستی معامله می سازد تا چه میزان است؟ آیا عقد را باطل می کند و اجازه مشتبه نیز اثری در آن ندارد، یا عقد « غیرنافذ » است و رضای او می تواند به آن حیات حقوقی ببخشد. در این گونه موارد، دادرس باید در جست و جوی حکمی بر آید که مبیّن اراده قانون گذار باشد، و در همین کاوش است که « رویه قضایی » نقش بسیار موثر دارد.

۲-۵-۲-۳-٤ تناقض قانون

هرگاه اجرای یکی از اوامر قانونگذار با اطاعت از حکم او مخالف باشد، آن دو حکم را « متعارض » به نسبت میان آنها را « تعارض » یا « تناقض » گویند. در مواردی که تاریخ وضع این دو قانون یکی نباشد، قانون جدید ناسخ قدیم است و احکام آن را باید در گفتار مربوط به نسخ قانون مطالعه کرد. ولی، گاه اتفاق می افتد که در یک مجموعه قواعدی بیان می شود که جمع آنها ممکن نیست و مسلم است که مقصود قانونگذار نیز نسخ ضمنی هیچ یک از آنها نبوده است. زیرا معقول به نظر نمی رسد که ماده اول قانون حکمی را انشاء کند، و ماده دوم همان قانون ناسخ حکم نخست باشد.(کاتوزیان،۱۳۸۵،ص۱۹۸) برای مثال، بر طبق ماده ۲۱۲ قانون مدنی[۱]، معاملات غیر رشید به واسطه عدم اهلیت باطل است، در حالی که ماده ۱۲۱٤ قانون مدنی[۲] این گونه معاملات را « غیر نافذ» و در پاره ای موارد صحیح دانسته است.

۲-٦ -قلمرو نظم عمومی

نوع نگرش به رابطهٔ فرد و اجتماع و نحوهٔ تحلیل این رابطه، نقش اساسی و مهمی در تعیین قلمرو نظم عمومی در بستر حقوق خصوصی ایفا می‌کند. از منظر فردگرایان که حاکمیت اراده را از لوازم شخصیت بشری می‌دانند و ارادهٔ فردی را بر ارادهٔ جمعی اجتماع مقدم می‌دارند، تنها قانون است که می‌تواند حاکمیت ارادهٔ فردی را محدود نماید و در صورتی که در قانون به تضییق اراده اشاره‌ای نشده باشد، باید ارادهٔ فرد را آزاد دانست. بنا بر این از منظر اینان، مقررات محدود کننده، قواعدی استثنایی به شمار می‌آیند.

---

[۱]. ماده۲۱۲:« معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است»».

[۲]. ماده۱۲۱٤:« معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از آنکه این اجازه قبلا داده شده باشد یا بعد از انجام عمل و معذلک تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است».

امـا اگـر پـای در رکـاب مرکـب اندیشـهٔ جمـع‌گرایـان نهـیم و بـه انسـان مسـتقل از اجتمـاع نیندیشـیم، زنـدگی جمعی اقتضائاتی دارد که هر انسـانی بـه عنـوان عضـو آن اجتمـاع در برابـر اعضـای دیگـر، مکلـف بـه تحصـیل آن مقدمات اسـت. تعهـدهای بسـیاری بـر فـرد تحمیـل مـی‌شـود و او بـا صـرف ارادهٔ خـود نمـی‌توانـد از آنهـا شانه خالی نماید. حاصل نزاع دو مکتب در باب نظم عمومی، این گونه جمع‌بندی و تصویر شده است:

الف) از نظر مکتب فردگرایی، منبـع نظـم عمـومی، تنهـا قـانون اسـت، ولـی از منظـر مکتـب جمـع‌گرایـان، غیـر از قانون، اخلاق حسـنه، عـرف و عـادت هـم در زمـرهٔ منـابع نظـم عمـومی اسـت. در حقـوق ایـران، بـا عنایـت بـه مـواد ۱۰، ۹۷۵ و ۱۲۹۵ ق.م. اخـلاق حسـنه و عـرف و عـادت نیـز از منـابع نظـم عمـومی بـه حسـاب می‌آید.(الفت،۱۳۸٤،ص۸۷)

ب) بـر اسـاس مبـانی فکـری مکتـب فردگرایـی، قواعـد مربـوط بـه نظـم عمـومی، تنهـا بـه قـوانین کیفـری، اساسـی، مالیـاتی و اداری اختصـاص دارد، ولـی قـوانین در زمینـهٔ حقـوق خصوصـی (مـدنی و تجـاری) از تجاوز قواعد نظـم عمـومی مصـون مـی‌ماننـد و آزادی اشـخاص در ایـن زمینـه، قیـدی نخـورده و مطلـق اسـت. روشن است که قـانون‌گـذار ایـران در اغلـب قواعـد مربـوط بـه احـوال شخصـیه و حقـوق امـوال و مالکیـت از ایـن نتیجـه پیـروی نکـرده و آزادی بـی‌قیـد و شـرط بـرای افـراد قائـل نشـده و ایـن امـور را بـا نظـم عمـومی محدود کرده است. (الفت،۱۳۸٤،ص۸۸)

ج) مطابق نظـر فردگرایـان، اسـتناد بـه نظـم عمـومی، استثناسـت و در مـوارد تردیـد مخالفـت بـا نظـم عمـومی، اصل حاکمیت اراده و صحت عمل حقوقی انجام شـده، محکّـم خواهـد بـود. امـا بـر اسـاس نظـر جمـع گرایـان کـه نظـم عمـومی را اسـتثنا نمـی‌داننـد و اصـل در مقـررات و قواعـد قـانونی را امـری بـودن مـی‌شـمارند، در موارد مشکوک، به فساد عمل انجام شده، حکم می‌شود (کاتوزیان،۱۳۹۱، صص۱٦۲ و ۱٦۳).

۲-٦-۱- قلمرو قواعد نظم عمومی سیاسی

نظم عمومی سیاسی، همـان معنـای مرسـوم و متعـارف و سـنتی نظـم عمـومی اسـت و هـدف از ایـن نـوع نظـم عمومی حمایت از دولت و خانواده و فرد اسـت. قواعـد نظـم عمـومی سیاسـی مـانع مـی‌شـود کـه افـراد بتواننـد در قراردادهای خصوصی خـود بـه ارکـان و نهادهـای اساسـی جامعـه صـدمه بزننـد. بنـا بـر ایـن، روشـن اسـت که این قواعـد تنهـا جنبـهٔ بازدارنـدگی دارد و از حـریم مصـالح عمـومی دفـاع مـی‌نمایـد و هـیچ جنبـهٔ اثبـاتی و الزام به انجام امری ندارد. لـذا دادگاههـا بـه اسـتناد مخالفـت بـا قواعـد نظـم عمـومی سیاسـی از اجـرای پـاره‌ای

تعهدات و قراردادها که برای دولت و جامعه و یا خانواده و فرد زیانبار باشد، جلوگیری می‌کنند. قرارداد فروش حق رأی، توافق بر عدم نفقه در نکاح و یا قرارداد فروش آزادی و حیات فردی از آن جمله است (صفایی،۱۳۸۲،ص۵۳).

پایه و اساس قواعد نظم عمومی سیاسی را این مطلب بر پا می‌دارد که انسان در زندگی اجتماعی خود، آزادی کامل ندارد و باید به برخی امور پایبند باشد. انسان در برابر نهادهایی که لازمهٔ زندگی اجتماعی است، مسئول و محدود است؛ به این معنا که باید از پاره‌ای خواستهای فردی در جهت آن ضرورتهای اجتماعی بگذرد. این ضرورتها ممکن است مربوط به دفاع از خانواده و حفظ و کیان آن باشد و یا به دفاع از خود فرد مربوط شود؛ به این معنا که شخص نتواند آزادی خود را در آینده از بین ببرد و ممکن است به دفاع از حقوق دیگران و نهادها و سازمانهای دولتی و به تعبیری حقوق اجتماع مربوط باشد. با وجود این، نمی‌توان به استناد این قواعد، به حریم مالکیت خصوصی تجاوز نمود و انسان را به انجام معامله‌ای وادار نمود.

۲-۶-۲- محدودهٔ قواعد نظم عمومی اقتصادی

ورود مفهوم نظم عمومی اقتصادی به ادبیات حقوقی از دستاوردهای حقوق قرن بیستم است و گفته شده است قبل از آن سابقه‌ای ندارد. البته در گذشته هم قوانینی با صبغهٔ نظم عمومی وضع شده است که وجههٔ اقتصادی داشته‌اند، ولی هدف از وضع آن قواعد حمایت از آزادی معاملات و فعالیتهای اقتصادی بود (صفایی،۱۳۸۲،ص۵٤). لیکن مفهوم نظم عمومی اقتصادی امروز که در قواعد حقوق مدنی قرن بیستم به بعد جای گرفته است، معنایی متفاوت دارد و دارای هدفی دیگر است. در این مفهوم، دولتها با نام توزیع عادلانهٔ ثروت در اجتماع، اقتصاد جامعه را در نظارت و رهبری خود می‌گیرند. مبنای دخالت دولت در امور اقتصادی، نظم عمومی است و لذا آن را در برابر نظم عمومی حمایتی قبلی، نظم عمومی دخالتی هم می‌گویند.

قراردادهای خصوصی، به عنوان یکی از عوامل توزیع ثروت، از جمله موضوعات این نظم عمومی قرار گرفته است. در این موارد، دولتها نه تنها آثار قراردادها را به گونهٔ امری تعیین می‌کنند و بر طرفین قرارداد تحمیل می‌نمایند، بلکه در پاره‌ای موارد از انعقاد قرارداد ممانعت می‌کنند و حتی گاهی اوقات اشخاص را ملزم به عقد قراردادی می نمایند. اگر چه الزام به انعقاد قرارداد به استناد نظم عمومی، هنوز

در ادبیات حقوقی جای خود را پیدا و مستحکم نکرده است، ولی به نظر می‌رسد که با گسترش دامنهٔ نظم عمومی و فزونی یافتن آثار تحمیلی قراردادها، کم کم باید به این باور رسید که برای زندگی در اجتماع، به ناچار باید در پاره‌ای اوقات، به پذیرش نظریهٔ الزام به انعقاد قرارداد به استناد نظم عمومی تن در داد.

۲-۷ – مصادیق نظم عمومی

نظم عمومی مدلول مقرراتی است که در آن ذات ، حیثیت و منافع مادی و معنوی جامعه باید مورد حمایت جدی قرارگیرد. در صورت برهم زدن نظم عمومی وجدان جامعه جریه دار می شود. بنابراین برای حفظ آن ، هر گونه اقدام الزام کننده و یا بازدارنده بجا شایسته خواهد بود.

امنیت عمومی، آسایش عمومی، بهداشت عمومی و اخلاق حسنه از عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی بشمار می روند. به عبارت دیگر منظور از نظم عمومی نظمی است که لازمه استقرار یک حکومت دمکراتیک و آزاد است.

اکنون به اختصار مفاهیم امنیت ، آسایش و بهداشت عمومی و اخلاق حسنه را مورد بررسی قرار می دهیم :

امنیت عمومی : امنیت یا آرامش عمومی، یعنی فقدان هر گونه عوامل و خطراتی که نظم مادی موجود در جامعه را به هم بزند و موجب خسارت مالی و جانی به اشخاص و جامعه شود. این عوامل از توطئه علیه نظام تا جرایم و حوادث طبیعی و غیر طبیعی را شامل می شود.(صادقی،۱۳۸۸،ص۱۹)

آسایش عمومی : آسایش عمومی یعنی فقدان هر گونه آزار و ناراحتی در جامعه که از حدود متعارف و عادی زندگی در جامعه خارج باشد مانند سرو صدای زیاد بویژه در شب ، تجمع و ازدحام در معابر و مجامع و امکنه عمومی که موجب ناراحتی اشخاص می گردد. (صادقی،۱۳۸۸،ص۱۹)

بهداشت عمومی : بهداشت عمومی یعنی فقدان هرگونه عاملی که موجب امراض و ناخوشی می شود و تامین بهداشت یعنی اقدامات لازم جهت جلوگیری از انتشار میکروب و درمان . این اقدامها نه تنها افراد بلکه حیوانات ، منازل خصوصی، معابر، آب، ارزاق و نیازهای عمومی را شامل می شود که عدم رعایت اصول بهداشتی در آنها موجب آلودگی و سلب سلامتی می گردد .(هاشمی شیخ شبانی،۱۳۹۱،ص۲)

اخلاق حسنه : مقامات حق ندارند برای حفظ نظم عمومی، در خصوصیات اخلاقی و وجدانی ، افکار، عقاید و احساسات آنها دخالت کنند و آنها را مورد تفتیش و بازجوئی قراردهند. بدیهی است چنانچه ابراز افکار و عقاید اخلاقی و سیاسی موجب اغتشاش و بی نظمی شود مقامات حق دارند از بروز آنها جلوگیری کنند ، از این رو تظاهرات و تبلیغات افراطی و زیان بخش احزاب ، انتشار مخالف اخلاق حسنه ، پیاله فروشی ، تظاهر به روزه خواری در ایام رمضان و قمار بازی در ملا عام قانونا ممنوع است.(احمدی واستانی،١٣٤١،ص١٢٠)

به دلیل اینکه نظم عمومی ارتباط نزدیک و تنگاتنگی با اخلاق حسنه دارد و در بسیاری از موارد وضع قوانین در حوزه حقوق خانواده جنبه اخلاقی دارد در ادامه به توضیح بیشتر رابطه این دو مفهوم می پردازیم.

٢-٨- نظم عمومی و اخلاق حسنه

مفهموم اخلاق حسنه مانند نظم عمومی یکی از مفاهیم حقوق اروپایی است با این تفاوت که نظم عمومی از ابتکارات حقوق جدید اروپا به شمار می رود و حال آنکه اخلاق حسنه ، مولود حقوق رم بوده و اروپایی ها آن را از رومی ها به ارث برده اند. (احمدی واستانی،١٣٤١،ص١٠٧) حقوقدانان گاهی اخلاق حسنه را مفهومی مستقل و زمانی جزئی از نظم عمومی دانسته اند و به هر حال در تعریف آن اختلاف نظر حاصل نموده اند.

ممکن است عده ای تصور کنند که حقوق به کلی بی نیاز از اخلاق بوده و هر کدام راه جدایی در پیش دارند. اخلاق در حقوق تأثیری نیست و در جهان معاصر که حقوق کاملاً شکل یافته و همه شئون زندگی را تحت سلطه خویش در آورده دیگر بشر احتیاجی به اخلاق ندارد و حیات جوامع به کمک حقوق منضبط و منظم گشته است.ولی باید گفت که این تصور بسیار دور افتاده از عقل سلیم است زیرا این موضوع نه از قدیم نه در زمان معاصر با واقعیت زندگی مطابقت نداشته و ندارد.

اما باید گفت تفکیک دقیق حقوق و اخلاق ممکن نیست، اخلاق نه تنها در تهیه قاعده حقوقی موثر، است بلکه در اجرا و تفسیر آن نیز تأثیر دارد. اگر مقنن چیزی را مسکوت گذاشت یا به قاعده اخلاقی تجاوز کرد، قاضی آن را از راه تفسیر جبران می نماید. بدین ترتیب ، اخلاق ، یک عامل اساسی حقوق است ، به طور کلی تاثیر اخلاق در حقوق و ارتباط میان آن دو قابل انکار نیست. زیرا اخلاق و حقوق

آثار قهری زندگانی اجتماعی انسان هستند و هدف هر دو این است که اعمال و افعال انسانی را در اجتماع بر محور صلح وعدالت تنظیم نمایند.

صرفنظر از تمام این حقایق ، لااقل آن مقدار از تأثیری را که اخلاق از راه تئوری اخلاق حسنه در حقوق دارد نمی توان انکار نمود. قوانین موضوعه در همه کشور ها به آن احترام می گذارند و دادگاه ها موظف هستند که مطابق با اعمال حقوقی مردم را با اخلاق حسنه ، کنترل نمایند و به این ترتیب ملاحظه می شود که قواعد اخلاقی علاوه بر قانون از طریق رویه قضایی هم در حقوق موضوعه اثر می گذارد.

طبق نظریه اروپایی،   مراد از اخلاق حسنه،عادت جاریه یا قواعد اخلاقی صرف نمی باشد بلکه عبارت از قواعد اخلاقی موجود و محققی است که در مبنای قوانین قرار گرفته و جز و اصول حقوقی به شمار می رود و علی الاصول به همین مناسبت واجد ضمانت اجرا نیز است.روی همین اصل است که دیوان کشور در زمینه اخلاق حسنه نسبت محدودتر و بیشتر ناظر با اخلاق جنسی می باشد و اصولاً در حقوق مدنی اختیارات قضات که تشخیص دهنده مصادیق اخلاق حسنه اند در تفسیر قوانین،وسیع است بر خلاف قوانین جزایی که فقط قابل تفسیر مضیق می باشند. (احمدی واستانی،١٣٤١،ص117)

آنکه در حقوق مدنی، نیت سوء و خلاف اخلاق که به جهت نامشروع معاملات تعبیر می شود، برای تحقق بطلان عمل حقوقی کافی است، ولی در حقوق کیفری، صرف نیت و اراده خلاف اخلاق، جرم نیست بلکه تظاهر عملی و بیرونی آن مستوجب مجازات خواهد بود.

قواعد اخلاق حسنه نیز مانند مقررات حقوقی، مبنی بر مصالح کل جامعه بوده و هدف نهایی آن حفظ منافع عمومی و نظام اجتماعی است. میان دو مفهوم فوق الذکر، نسبت تباین بر قرار نیست تا آنها را به طور کلی از هم جدا به حساب آوریم، بلکه باید گفت که اخلاق حسنه را در برابر حقوق بگذاریم زیرا با وجود تأثیر اخلاق در حقوق، استقلال قواعد مربوط به آن دو قطعی است. هرچه که داخل در قلمرو حقوق نبوده ولی دادگاه ها مکلف به کنترل آنها باشند مربوط به اخلاق حسنه خواهد بود. اما نظم عمومی مافوق حقوق و اخلاق محسوب می شود و ناظر به مقررات هردو آنها می باشد.

با این تفاسیر می توان اخلاق حسنه را دسته ای از قواعد اجتماعی (اعتقادات عمومی) که در بیرون از قلمرو حقوق اعم از قانون یا عرف و عادت وجود دارند و در عین حال برای تنظیم زندگانی جامعه و وصول به مقصد حیات اجتماعی با حقوق همکاری می نماید.

گروهی از قواعد اخلاقی را که در متون قوانین امری آمده یا مبنای این گونه قوانین قرار گرفته است، باید در شمار قواعد مربوط به نظم عمومی آورد.(جعفری لنگرودی،۱۳٤۰،ص۲٤۰) ولی، گروه دیگر، که ضمانت اجرای آن تنها وجدان عمومی است، به عنوان ویژه «اخلاق حسنه» مورد استناد قرار می گیرد. از سوی دیگر، مبنای قواعد حقوق تنها اخلاق نیست و گاه ضرورتهای اقتصادی و سیاسی اصولی را بوجود می آورد که اخلاق در آن باره حکمی ندارد. پس، احتمال دارد امری که خلاف نظم عمومی است با هیچیک از قواعد اخلاقی تعارض نداشته باشد. بدین ترتیب، نظم عمومی و اخلاق حسنه هر کدام قلمرو ویژه ای می یابد که، در عین ارتباط و نفوذ در یکدیگر، جداگانه باید مورد توجه قرار گیرد.(احمدی واستانی،۱۳٤۱،صص۱۲٤و۱۲۵)

با وجود این، چون اموری که خلاف اخلاق حسنه است نظم عمومی را نیز بر هم می زند و هیچگاه حقوق نمی تواند به امور غیر اخلاقی بی اعتنا بماند، به اصطلاح منطقی، رابطه این دو مفهوم را باید عموم و خصوص مطلق دانست: بدین تعبیر که، آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد با نظم عمومی نیز مخالف است، ولی امکان دارد، قراردادی که با نظم عمومی در تعارض است، از نظر اخلاقی ناپسند بنظر نیاید.

پس، افزودن اخلاق حسنه بر موانع نفوذ عقد این اثر مهم را دارد که به دادرس اجازه می دهد تا برای اخلاقی کردن قراردادها پا را از متون قوانین فراتر نهد، وگرنه اخلاق حسنه با نظم عمومی چنان ارتباط دارد که نمی توان آن دو را در برابر هم مستقل شمرد. به همین جهت نیز گروهی از نویسندگان بر آن شده اند تا تعریف جامعی برای هر دو مفهوم فراهم آورند و گفته اند: «مجموع قواعد ضروری برای زندگی اجتماعی است».

۲-۸-۱ تمیز اخلاق حسنه

در این باره نیز باید گفت، بی تردید افکار و عادات عمومی در ایجاد قواعد اخلاقی و تمیز نیک و بد اثر فراوان دارد. بسیار است عادت هایی که در جامعه ای ناپسند و در اجتماعی دیگر مقبول افتاده است. همچنین، نمونه های فراوانی از سنت ها و قواعد وجود دارد که در زمانی محترم و در زمان دیگر نکوهیده بوده است. پس، اثر زمان و مکان و بومی بودن اخلاق هر قوم را نباید انکار کرد. ولی، این حقیقت را نیز به تجربه در می یابیم که بسیاری از قواعد، به حکم عقل و وجدان، از دیر باز لازمه

نیکوکـاری و پرهیـز از گنـاه و نادرسـتی اسـت و بشـر متمـدن از گذشـته هـای دور تـا کنـون بـه آنهـا اعتقـاد راسخ دارد: ماننـد لـزوم رد امانـت و راسـتگویی و عفـاف و پـای بنـد بـودن بـه عهـد و جبـران زیـان نامشـروع. مایه اصلی این قواعد نیز تعلـیم هـای مـذهبی اسـت و هـیچ منصـفی نمـی توانـد اثـر عمیـق دیـن را در اخـلاق انکـار کنـد. چنانکـه، امـروز در کشـور مـا، هالـه ای از اخـلاق اسـلامی بـر هـر چـه «اخـلاق» مـی نـامیم سـایه افکنده است.(مرسلی،۱۳۸۹،ص۳۳)

مذهب نیز به مرور زمان با سـنت هـای ملـی در مـی آمیـزد و گـاه نیـز بـا زمانـه چهـره خـاص پیـدا مـی کنـد و آرمـان هـای فلسـفی و سیاسـی در آن مـؤثر مـی شـود. پـس، اخـلاق حسـنه در هـر قـوم ترکیبـی از رسـوم اجتماعی و تعلـیم هـای مـذهبی و داوری هـای عقلـی اسـت کـه وجـدان عمـومی را تشـکیل مـی دهـد. دادرس آنچـه را کـه ایـن عوامـل گونـاگون در نهـاد او بوجـود آورده اسـت بررسـی مـی کنـد و بـا رجـوع بـه عـرف پارسایان اجتماع خود تشخیص می دهد که آیا قراردادی با اخلاق منافات دارد یا مؤید آن است ؟

دادرس نگهبان اخلاق است و باید مانع از تجـاوز مـردم بـه ایـن اصـول مقـدس شـود، نـه اینکـه در تجـاوز نیـز پیرو آنان باشد. پس، نباید نقش او را به کشف عقیده اکثر مردم محدود کرد.

۲-۸-۲ قراردادهای مخالف اخلاق

مخالفـت قـرارداد بـا اخـلاق ممکـن اسـت در اثـر تعـارض موضـوع آن بـا قـوانین اخلاقـی باشـد (ماننـد خـود فروشـی یـا پیمـان مربـوط بـه اداره قمارخانـه). در بطـلان چنـین قراردادهـایی تردیـد نیسـت، لـیکن در عمـل کمتر اتفاق می افتد که اشخاص بـه طـور مسـتقیم بـه اخـلاق حسـنه تجـاوز کننـد و نفـوذ تعهـدهای خـویش را بـه خطـر اندازنـد. بحـث دربـاره غیـر اخلاقـی بـودن پیمانهـا بیشـتر جـایی بـه میـان مـی آیـد کـه موضـوع آن مشروع اسـت، ولـی هـدف از بسـتن آن نقـض قـوانین اخـلاق اسـت: ماننـد اینکـه مـالکی خانـه خـود را بـرای ایجاد قمار خانه یا فاحشه خانه اجاره مـی دهـد یـا مـی فروشـد؛ قـراردادی کـه موضـوع آن مشـروع اسـت، امـا هدف از آن غیر اخلاقی است.

مـواد ۹۷۵ قـانون مـدنی و ٦ قـانون آیـین دادرسـی مـدنی بـرای ابطـال قراردادهـایی کـه جهـت نامشـروع دارد کافی است. ولـی، بـیم از بازرسـی خواسـت هـای اشـخاص بوسـیله دادرسـان، بسـیاری از نویسـندگان را بـر آن داشته است تـا کـاوش دربـاره مقصـود پنهـانی دو طـرف عقـد را ممنـوع سـازند و اثـر عوامـل خـارجی را، هـر چند که نامشروع باشد، در آن انکار کننـد: پـس، بعضـی گفتـه انـد نامشـروع بـودن جهـت در عقـد اثـر نـدارد و

گروه دیگر تا این اندازه در حفظ حاکمیت اراده مبالغه نکرده اند و تنها اعتقاد دارند که دلیل نامشروع بودن جهت باید از عقد و مفاد شروط آن استنباط شود و دادرس حق ندارد به دلایل خارجی، مانند شهادت، استناد کند و بعضی دیگر این قید را نیز رها کرده اند و تنها آگاه ساختن طرف قرارداد را کافی می دانند.

تفصیل این بحث را در «مشروع بودن جهت معامله» بررسی باید کرد و تنها یادآور می شویم که ماده ۲۱۷ قانون مدنی نظر اخیر را پذیرفته است. بموجب این ماده: «در معامله لازم نیست که جهت تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است.»

باید دانست که اثر اخلاق در نظم روابط جنسی زن و مرد بیش از همه رویدادهای اجتماعی است. بسیاری از قواعد سنتی اخلاق در این زمینه در قوانین نیامده است، در حالی که احترام و نفوذ خود را در میان مردم هنوز هم دارد. با وجود این، نباید چنین پنداشت که اخلاق در روابط مالی و تعهدهای مدنی نقشی ندارد. زشتی خوردن مال دیگران از راه های نامشروع و لزوم جبران ضرر و منع دست اندازی به مال دیگران و ده ها قاعده حقوقی دیگر در جامعه ما ریشه های اخلاقی و مذهبی دارد و همه مصداق های آن را در قوانین نمی توان یافت.(مرسلی،۱۳۸۹،ص۳۶)

سوالی که مطرح می شود این است که: بین مفهوم اخلاق حسنه و نظم عمومی چه رابطه ای وجود دارد؟ آیا این دو مفهوم از یک جنس هستند با دو چهره گوناگون، یا در برابر هم استقلال دارند؟

در پاسخ باید گفت که اخلاق حسنه چهره خاصی از نظم عمومی است. با آن که منظور نهایی اخلاق، ساختن انسانی منزه و پارسا است و حقوق به برقراری عدالت و برابری نظر دارد، نظام حقوقی هیچگاه بی نیاز از اخلاق نبوده است، زیرا در بسیاری از موارد، برای حفظ عدالت اجتماعی، ناگزیر است که پاره ای از قواعد اخلاقی را حمایت کند. گروهی از قواعد اخلاقی را که در متون قوانین امری آمده یا مبنای اینگونه قوانین قرار گرفته است، باید در شمار قواعد مربوط به نظم عمومی به حساب آورد، ولی گروه دیگری که ضمانت اجرای آن تنها وجدان عمومی است با عنوان ویژه (اخلاق حسنه) مورد استناد قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، مبنای قواعد حقوق تنها اخلاق نیست و گاه ضرورتهای اقتصادی و سیاسی، اصولی را به وجود می‌آورد که اخلاق درباره آن حکمی ندارد. پس احتمال دارد امری که خلاف نظم عمومی است، با هیچ یک از قواعد اخلاقی تعارض نداشته باشد. بدین ترتیب، نظم عمومی و اخلاق حسنه هر کدام قلمرو ویژه ای می‌یابند که در عین ارتباط و نفوذ در یکدیگر باید جداگانه

مورد توجه قرار گیرند. با وجود این، چون اموری که خلاف اخلاق حسنه است نظم عمومی را نیز بر هم می‌زند و هیچگاه حقوق نمی‌تواند به امور غیر اخلاقی بی اعتناء بماند، به اصطلاح منطقی، رابطه این دو مفهوم را باید عموم و خصوص مطلق دانست، بدین تعبیر که آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد با نظم عمومی نیز مخالف است، ولی امکان دارد قراردادی که با نظم عمومی در تعارض است، از نظر اخلاقی ناپسند به نظر نیاید.(کاتوزیان،۱۳۹۰،ص۱۸۳)

مطلب دیگر، این است که آیا مقررات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه جزو مقررات امری می باشند؟

قواعد و مقررات آمره، احکام و ضوابطی هستند که قانونگذار به عنوان دستور و تکلیف بیان و اعلام می کند. این مقررات ممکن است جنبه امری داشته باشد و یا به شکل نهی و منع اعلام گردد. رعایت قوانین آمره مورد توجه قانونگذار بوده و به هیچ وجه اجازه داده نمی شود که اراده افراد از دایره آن تخطی کند، زیرا تخلف طرفین قرارداد از این محدوده موجب بطلان قرارداد و بی اعتباری آن خواهد بود. درنتیجه مقررات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه به طور مسلم جزو مقررات امری هستند؛ ولی تمام مقررات آمره جنبه نظم عمومی و اخلاق حسنه را ندارد. اگر چه بسیاری از استادان حقوق به طور صریح قائل به چنین تکلیفی نشده اند و در بحث مربوط به حدود آزادی اراده، بیشتر متوجه نظم عمومی و اخلاق حسنه می باشند.

۲-۹- اصل بودن نظم عمومی در حقوق خصوصی

در نظر اکثر حقوقدانان مفهوم نظم عمومی در حقوق عمومی ، اصل و در حقوق خصوصی استثاء است. این تئوری گرچه ظاهراً مقبول به نظر می رسد، اما با واقعیت اجتماعی مطابقتی ندارد. زیرا در حقوق خصوصی مقررات زیادی مانند قوائد مربوط به مالکیت و احوال شخصیه و ادله اثبات دعوی وجود دارند که غیرقابل تخلف محسوب می شوند و افراد نمی توانند جز با اجازه قانون برخلاف آن رفتار نمایند. پس نمی توان گفت که نظم عمومی به طور کامل در حقوق خصوصی استثناء به شمار می رود. آنچه مسلم است این است که نظم عمومی فقط در آن قسمت از حقوق خصوصی که ناظر بر معاملات و قراردادها است، استثناء محسوب است ولی در سایر موارد اعم از حقوق عمومی یا خصوصی اصالت دارد.

نظم عمـومی مخصـوص یـک رشـته از حقـوق نیسـت، بلکـه در تمـام رشـته هـای حقـوقی اعـم از عمـومی یـا خصوصی وجـود دارد. ایـن نظریـه ، امـروزه پذیرفتـه شـده و رویـه قضـایی نیـز فرقـی میـان حقـوق عمـومی و حقوق خصوصی نگذاشته است.

همین که عمل حقوقی کسـی بـا مقـررات راجـع بـه نظـم عمـومی مخـالفتی داشـته باشـد، باطـل و فاقـد نتیجـه است، خواه آن مقررات مربوط به حقوق عمومی باشد یا حقوق خصوصی.

اما وجوه تمایزی میان نظـم عمـومی حقـوق عمـومی و نظـم عمـومی و حقـوق خصوصـی موجـود اسـت، نظـم عمـومی در حقـوق عمـومی اصـیل و مثبـت اسـت، ولـی نظـم عمـومی در حقـوق خصوصـی اسـتثناً و منفـی اسـت. در حقـوق عمـومی ، نظـم عمـومی صـراحتاً و بـه عنـوان یـک اصـل اقتضـاء دارد کـه اعمـال مـردم و سـازمان هـای دولتـی همیشـه و حتمـاً موافـق تشـریفات و مقـررات آن انجـام گیـرد و تخلـف از آن معمـولاً بـا خوردهای کیفری و انظباطی همـراه باشـد. امـا در حقـوق خصوصـی ، همـین کـه عملـی مخـالف نظـم عمـومی نباشد، صحیح تلقی می گـردد. نقـش نظـم عمـومی در حقـوق عمـومیماننـد نقـش یـک فرمانـده و آمـر، لکـن در حقوق خصوصی به مانند یک سرباز مدافع و مأمور است. (احمدی واستانی،۱۳٤۱،ص۷۹)

کاپیتـان در کتـاب مقدمـه حقـوق مـدنی مـی نویسـد: « نظـم عمـومی یعنـی نظـم در دولـت یعنـی ترتیـب تاسیسـات و سـازمان قواعـدی کـه بـرای اجـرای وظـایف دولـت ضـروری اسـت. کلمـه نظـم عمـومی نشـان دهنده فکر یک وضـع منطقـی و نظـامی اسـت کـه بـه دسـتگاه وحـدت و روح مـی دهـد. طبیعتـاً قـوانین مـدنی نظم عمومی باید استثناء باشـند زیـرا حقـوق مـدنی، مربـوط بـه روابـط خصوصـی اسـت و محـدود نمـی شـود مگـــر در مـــواردی کـــه آزادی فـــردی، موجـــب اغتشـــاش و خطـــری بـــرای نظـــام و امنیـــت عمـــومی باشد.(مرسلی،۱۳۸۹،ص١٤)

به نظر مـی رسـد منظـور از اصـل بـودن نظـم عمـومی در حقـوق عمـومی ایـن اسـت کـه در مـوارد مشـکوک، موضـوع مـورد شـک مربـوط بـه نظـم عمـومی خواهـد شـد و مـراد از اسـتثناء بـودن نظـم عمـومی در حقـوق خصوصـی ایـن اسـت کـه در مـوارد مشـکوک، موضـوع موضـوع مـورد شـک مربـوط بـه نظـم عمـومی تلقـی نخواهد شد.

البته در مـورد اسـتثاء بـودن نظـم عمـومی در حقـوق خصوصـی ایراداتـی اسـت چـرا کـه در حقـوق خصوصـی نیز دسته بندی های مختلفی وجـود دارد کـه در بسـیاری از آنهـا نظـم عمـومی بـه عنـوان قاعـده جلـوه گـر مـی شود مانند مقررات حقوق خانواده.

به هر حال، چه نظم عمومی مربوط به حقوق عمومی باشد و چه مربوط به حقوق خصوصی، همین که عمل حقوقی شخصی با مقررات راجع به نظم عمومی برخورد داشته باشد آن عمل حقوقی فاقد اثر خواهد بود.

فصل سوم

جایگاه نظم عمومی در ازدواج

مقدمه

جایگاه نظم عمومی در ازدواج در حقوق ایران موضوع این پایان نامه می باشد. که در ٦ قسمت خواستگاری، نامزدی،لزوم ارائه گواهی پزشک مبنی بر عدم ابتلاء به امراض مسری، سن بلوغ، موانع ازدواج و شروط ضمن عقد ازدواج بصورت کامل و جامع صحبت می شود.

۳-۱- خواستگاری

خواستگاری یک رسم دیرینه در میان بشر بوده که مطابق فطرت و طبیعت انسان، امری طبیعی و مقدمه ای مهم بر پیمان زناشویی است. در قانون مدنی تعریفی از خواستگاری به میان نیامده است اما با یک دید کلّی نسبت به این موضوع می توان در عرف تعریفی ارایه کرد که آنرا پیشنهاد یا تقاضای زناشویی از طرف مرد به زنی که بتوان با او ازدواج کرد دانست.البته تقاضای ایجاد علقه زناشویی، از جانب زن به مرد دور از تصور نمی تواند باشد. به موجب ماده ۱۰۳٤ قانون مدنی « هر زنی را که خالی از موانع ازدواج باشد می توان خواستگاری کرد »

این ماده مشتمل بر دو مبحث است:

۱ـ جواز خواستگاری از زنان خالی از مانع.

۲ـ عدم جواز خواستگاری از زنان دارای مانع.

خواستگاری یا به صورت صریح و بی پرده صورت می گیرد ویا به صورت تعریض و کنایه؛ منظور از صریح بودن، بیان کلامی از سوی مرد و یا خانواده او که به طور مستقیم و صریح دلالت بر تقاضای ازدواج اشاره دارد مانند: من می خواهم با شما ازدواج کنم. ولی منظور از تعریض را می توان لفظی دانست که تمایل به ازدواج به صورت غیر مستقیم و کنایه بیان می کنند مانند، من به شما علاقمند هستم. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص۲۷)

لازمه خواستگاری مشروع و قانونی، خواستگاری از دختر یا زنی است که ازدواج با او مشروع و قانونی باشد، در این رابطه مرحوم علامه حلّی در کتاب «تذکرة الفقها» بدین گونه بیان می دارد که؛

۱ـ جواز خواستگاری از زنی که خالی از موانع ازدواج و عدّه است، چه به صورت تصریح و چه به صورت تعریض.

۲ـ حرمت و ممنوعیت خواستگاری از زنان شوهردار، به صورت تصریح و تعریض

۳ـ حرمت و ممنوعیت خواستگاری از زنی که در عدّه رجعیه است، از ناحیه غیر زوج به صورت تصریح و تعریض

٤ـ جواز خواستگاری از زنی که در عدّه سه طلاقه است. از سوی زوج به صورت تعریض، ولی زوج و سایرین به صورت تصریح حق خواستگاری از چنین زنی را ندارند.

۵ـ حرمت و ممنوعیت خواستگاری از زنی که به علت لعان یا علل دیگر در عدّه نه طلاقه است از ناحیه زوج و سایرین تصریحاً و تعریضاً.

٦ـ خواستگاری از زنی که در عدّه طلاق باین است مانند مُختَلِعَه یا زنی که ازدواجش فسخ گردیده توسط شوهر به تصریح یا تعریض و توسط سایرین فقط به تعریض جایز است.

۷ـ خواستگاری از زنی که در عدّه وفات است به صورت تعریض جایز و به صورت تصریح ممنوع است. به دلیل آیه شریفه: «وَ لا جُناحَ عَلَیْکُمْ فیما عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّساءِ» (یعنی بر شما باکی نیست که خواستگاری آن زنان بروید.) سوره بقره آیه۲۳۵. به موجب روایت معتبر، آیه شریفه فوق در مورد زنانی است که شوهرشان فوت کرده و در عدّه وفات به سر می برند. «علامه حلی به نقل از محقق داماد،۱۳۷٦، صص ۲۷ و ۲۸ »

۳-۱-۱- خواستگاری از زن شوهردار و مطلقه رجعیه

اکثریت مذاهب اسلامی خواستگاری از همسر دیگری را حرام و ممنوع می دانند زیرا که آبرو و ناموس مسلمان همچون جان و مال وی محترم است. البته روا دانستن چنین عمل نا پسندی از لحاظ اجتماعی هم مفاسد زیادی را به دنبال دارد که می توان گفت برخلاف اخلاق حسنه چه در ایران و چه در سایر ملل می باشد. در حقوق اسلامی معروف است که زن مطلقه رجعیه در زمان عدّه در حکم زوجه می باشد از این رو شرع اسلام و قانون حاکم عدّه رجعی را به گونه ای قرار داده تا امکان بازگشت شوهر و استمرار زندگی زناشویی سابق بدون نیاز به عقد جدید فراهم باشد.

۳-۱-۲- خواستگاری از زنی که در عدّه طلاق باین است

در طلاق سوم زوجه، زن به طور موقت بر شوهر قبلی خود حرام می گردد و عقد ازدواج بین آنها حرام است جز با وجود محلّل؛ یعنی زن به ازدواج مرد دیگری در آید و سپس طلاق بگیرد، آنگاه با شوهر قبلی خود ازدواج

کند. خواستگاری از چنین زنی در دوران عدّه به صورت تصریح از سوی هر مردی (چه شوهر سابق و چه مردان دیگر) منع گردیده و صرفاً به طور تعریض جایز دانسته شده است. دلیل این منع، برگرفته از آیه۲۳۵ سوره بقره می باشد. البته مفهوم و منطوق آیه، پیرامون عده وفات است ولی فقهای اسلام آن را از این خصوصیت خارج کرده اند. (لطفی، قربانی، ۱۳۸۸، ص۷۷)

محقق حلّی در علت جواز خواستگاری از زن صاحب عده طلاق رجعی و عدّه طلاق باین به صورت تصریح گفته است: زیرا در این هنگام زن در حکم زوجه برای شوهرش محسوب می شود. (لطفی،قربانی، ۱۳۸۸، ص۷۸) اما اگر قایل به پذیرش این نظر باشیم چرا باید بگوییم که خواستگاری به تعریض صحیح است در حالی که زوجه هنوز هم متصل به زوج سابق خود است؟ در پاسخ باید گفت زن که شوهر، او را سه طلاق کرده است بر شوهر حرام ابدی نمی شود بلکه بر آن مرد حرام موقت است و مادامی که زن سه طلاقه با مرد دیگر ازدواج می کند حرمت موقت برای او از بین می رود و شوهر سابقش می تواند دوباره از او خواستگاری نماید و افراد دیگرمی توانند خواستگاری کنند اما جواز این امر که چرا دیگران این امکان را دارند در موردش توجیه موجهی وجود ندارد.(علامه حلی به نقل از لطفی و قربانی، ۱۳۸۸، ص۷۸)

اگر زنی به صورت طلاق خلع از همسرش جدا شده باشد، عدّه اش عده طلاق باین است. در طلاق باین برای بازگشت به زندگی مشترک قبلی، شوهر باید در انتظار تمام شدن عدّه باشد تا دوباره عقد ازدواج را جاری سازد. از این رو در زمان عدّه، شوهر سابق می تواند به صراحت یا به کنایه از زوجه مطلقه خواستگاری نماید. اما مرد بیگانه در این دوران نمی تواند به صورت تصریح از وی خواستگاری نماید، هرچند می تواند به صورت تعریض و کنایه از وی خواستگاری کند.(نجفی به نقل از لطفی و قربانی،۱۳۸۸،ص۷۸)

۳-۱-۳- خواستگاری از زن مطلقه در ایام عدّه و زنی که در عده وفات است

مطابق موازین شرعی و ماده ۱۱۵٤ قانون مدنی زنی که شوهرش فوت کرده باشد باید به مدت چهار ماه و ده روز از زمان فوت شوهرش عده نگه دارد. از این رو ، به منظور حفظ احترام شوهر سابق، خواستگاری صریح از چنین زنی در دوران عدّه ممنوع است. ولی با توجه به آیه ۲۳۵ سوره بقره خواستگاری به صورت تعریض یا کنایه از چنین زنی فاقد نهی و منع است.

۳-۱-٤- خواستگاری از نامزد دیگری

در مورد خواستگاری از نامزد دیگری حکم قانونی وجود ندارد، اما از نظر فقهی نمونه هایی ذکر شده است که نظریه اکثریت به ممنوع بودن آن و حرام بودن آن اذعان می دارند، برای نمونه روایتی از پیامبر وجود دارد که: « مومن برادر مومن است و حلال نیست که در معامله برادر مومنش کسی وارد شود و نیز حلال نیست از زنی که برادر دینی او خواستگاری نموده، خواستگاری کند مگر اینکه آن بهم بخورد و نیز پیامبر (ص) فرموده است: هیچیک از شما زنی را که دیگری خواستگاری نموده خواستگاری ننماید تا اینکه او ازدواج کند یا منصرف شود. » (محقق داماد، ۱۳۷٦، صص ۲۸و۲۹)

در مذهب امامیه در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد. جمعی از فقها از جمله شیخ طوسی و شهید اوّل خواستگاری از زنی که مرد مسلمانی از او خواستگاری کرده و از طرف او یا ولی یا وکیلش مورد موافقت قرار گرفته را حرام می دانند. به این دلیل که هم روایات در حرمت این خواستگاری وجود دارد و هم اینکه این خواستگاری موجب آزار و اذیت و نیز دشمنی می شود. اما عده ای دیگر از قبیل شهید ثانی و محقق حلّی چنین خواستگاری را مکروه دانسته اند و در تحلیل نظر خود آورده اند: « اصل بر عدم حرمت است، به علاوه اینکه وعده ازدواج فی نفسه علقه ای بین زن و مرد ایجاد نمی کند، ازین رو همانطور که طرفین حق برهم زدن نامزدی را دارند، خواستگاری دیگران نیز بلامانع است». (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص ۲۸ و ۲۹)

در این زمینه آقای محقق داماد از نظر گروه اول پیروی کرده اند و معتقد به این امر هستند که عمل مزبور اخلاقاً زشت و دارای کراهت اجتماعی است. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص ۲۹) اما امروزه با توجه به رشد افکار و عقاید شاید بتوان ادله گروه دوم را قوی تر دانست زیرا همانگونه که اشاره شد خواستگاری صرفاً وعده ازدواج است و اصل بر اباحه است و جواز خواستگاری با آزادی اراده طرفین بیشتر سازگار است و مادامی که قید عقد ازدواج بین طرفین منعقد نشده است طرفین در انتخاب همسر آزاد می باشند و این امر نمی تواند مخالفتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه داشته باشد.

اما اگر فرضی را که بیان کردیم را بپذیریم خواستگاری از دختر مورد خواستگاری موجب حرمت است، آیا عقد ازدواج با خواستگار دوم باطل است یا صحیح؟ در پاسخ باید گفت که فقهای امامیه از جمله شیخ طوسی و شهید اول نظر بر صحت این عقد دارند هرچند که مرتکب را مستوجب عقاب می دانند. اما در توجیه عقلانی باید

گفت که اولاً آیات و روایاتی که در باب توصیه به ازدواج وارد شده است اطلاق دارد و مقید به موردی نیست که خواستکار دوم نباشد. ثانیاً: اینکه گفته می شود چنین خواستگاری حرام است: این حکم تکلیفی است. ولی صحت، بطلان حکم وضعی است. چنین نیست که هر حکم تکلیفی حرام، نتیجه و آثار وضعی آن حرام باشد بلکه همانگونه که در اصول فقه بیان شده است، موارد نهی در غیر عبارات و معاملات فی نفسه دلالت بر بطلان نمی کند. (محقق داماد، ۱۳۷٦، صص ۳۰و۳۱)

در مورد خواستگاری از زنی که قبلاً مرد دیگری از او خواستگاری کرده ولی هنوز آن زن یا ولی او جوابی نداده اند، بیشتر فقها همچون شیخ طوسی و شهید اول نظر به جواز داده اند زیرا اصل بر حلیت و عدم حرمت است. مضافاً اینکه صرف پیشنهاد خواستگار هیچگونه علقه ای بین زن و مرد ایجاد نمی کند، خواستگاری از دیدگاه فقه، عقد نیست بلکه شبه عقد است.

۳-۱-۵- مسئولیت ناشی از خواستگاری غیر مجاز

قوانین ما برای خواستگاری از زنی که مانع قانونی برای ازدواج دارد، ضمانت اجرای مناسبی پیش بینی ننموده است ولی با مطالعه در نمونه های موجود برای مثال (رای۲۸-۱۱-۷۱ / ۲۸٦-۳۳) دیوان عالی کشور به نظر می رسد خواستگاری غیر مجاز حسب مورد دارای مسئولیت مدنی و کیفری است. هرگاه کسی آگاهانه و به عمد به خواستگاری کسی برود که خواستگاری از او ممنوع و حرام است و در نتیجه این عمل که تقصیر به شمار می رود به دیگری زیانی برسد زیان دیده می تواند از مقصر خسارت را مطالبه کند، برای مثال اگر مردی با اطلاع از وضعیت زن و احوال او به قصد اضرار یا لجاجت اقدام به خواستگاری نماید و یا اگر فردی عالم به همسردار بودن زنی باشد و با این حال در اماکن عمومی و معابر از وی خواستگاری نماید؛ علاوه بر اینکه به لحاظ اخلاقی مستحق منع و سرزنش است، بلکه به لحاظ وارد نمودن ضرر معنوی و آسیب روحی به زن مورد نظر از دیدگاه شرع نیز سزاوار منع و نهی می باشد، به ویژه با توجه به مفاد قاعده (لاضرر و لاضرار) اگر چنین منعی از طرف شارع وارد نشود و آن را زشت نداند، تعرض به حریم خصوصی و مزاحمت و ایذاء دیگران بر خلاف شرع مبین اسلام است به علاوه اینکه قانونگذار ما در ماده ٦۱۹ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، بر این امر صحه گذاشته است و در مضمون آن به این نکته اشاره کرده است که هرگاه خواستگار مزاحمتی ایجاد کند و یا خواستگاری توهین تلقی شود، مزاحم مستوجب کیفر و مجازات تعزیری خواهد بود. (لطفی و قربانی، ۱۳۸۸،

ص۸۲) اثبات این امر مستلزم علم به غیر مجاز بودن خواستگاری و اقدام عمدی وی به انجام این امر است. باید گفت که در اینگونه موارد اصل بر عدم علم و نا آگاهی است و خلاف آن باید ثابت شود.ولی اگر تفسیر مضیق نصوص جزایی را در نظر بگیریم استدلال به این ماده برای مجازات کیفری خواستگاری از زن شوهردار ممکن نیست.شاید بتوان این عمل را از مصادیق ماده ٦۳۸ قانون مجازات اسلامی تحت ارتکاب عمل حرام در انظار عمومی دانست و فاعل را مستحق مجازات کیفری قلمداد کرد.

۱- ماده ٦۱۹ ق.م.ا: «هر کس در اماکن عمومی یا معابر متعرض یا مزاحم اطفال یا زنان بشود یا با الفاظ و حرکات مخالف شئون و حیثیت به آنان توهین نماید به حبس از دو تا شش ماه و تا (۷٤) ضربه شلاق محکوم خواهد شد».

۲- ماده ٦۳۸ ق.م.ا: «هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی ومعابر تظاهر به عمل حرامی نماید... و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نباشد عفت عموی را جریحه دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دوماه یا تا (۷٤) ضربه شلاق محکوم میشود»

بدیهی است اینگونه خواستگاری ها نمی تواند به ازدواج منتهی شود؛ زیرا ازدواج به فرض تراضی طرفین باطل است. پس خواستگاری در این موارد نیز خلاف قانون و عمل بیهوده ای است که جز مزاحمت اثری بر آن بار نمی شود. (صفایی و امامی ۱۳۸۵، ص۳۲)

اما هرگاه خواستگاری غیر مجاز از نامزد دیگری باشد و مورد قبول واقع شده و به ازدواج بیانجامد ، همانطور که در مباحث قبلی به این موضوع پرداختیم، عدول ضمنی از نامزدی پیشین تلقی می شود، ازدواج صحیح است و برای خواستگار جدید و زن مسئولیتی پدید نمی آورد، مگر اینکه از روی تقصیر باشد که در اینصورت هرگاه زیانی به نامزد قبلی وارد شده باشد، وی می تواند بر طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی از وارد کننده زیان خسارت را مطالبه کند.

۳-۲- نامزدی

در قانون مدنی تعریفی از نامزدی به میان نیامده است و فقط کلمه « وعده ازدواج » در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی مطرح شده است که بیانگر شناسایی این مفهوم به صورت اجمال خواهد بود. ولی مسلماً نامزدی به مرحله ای قبل از ازدواج اطلاق می شود که از دیدگاه فقهی تأسیسی به نام نامزدی جایگاه شرعی ندارد، صرفاً بعد از انجام خواستگاری و اعلام موافقت از سوی زن یا خانواده او مدت کوتاه و معقولی برای شناسایی خُلق و خوی طرفین و

آداب و معاشرت آنها و شناخت اجمالی طرفین از یکدیگر آن هم با آگاهی و نظارت خانواده ها این امر صورت می پذیرد، البته در فقه در مورد مرحله قبل از ازدواج فقط به مساله حدود امکان تفحص از حال زنی که مرد می خواهد با وی ازدواج کند و همچنین به شرایط آن پرداخته است. با این حساب، اسلام بر خلاف مسیحیت با وجود هرگونه معطلی بین عدم ازدواج و ازدواج یا بین ازدواج و طلاق مخالف است.

در اسلام با هرگونه وضعیت بینابین که تکلیف رابطه زناشویی را مورد تردید قرار دهد به صراحت مخالفت شده است و از ظاهر آیه ۲۲۹ سوره بقره که می فرماید: « الطَّلاقُ مَرَّتانِ فَإِمْساکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْریحٌ بِإِحْسانٍ » (طلاق « رجعی که شوهر در آن حق رجوع دارد » دو بار است، پس « در هر بار بر شوهر است یا در عده رجوع کردن و او را » به نیکی نگه داشتن و یا « ترک، رجوع و او را » به خوشی و احسان رها ساختن). (دیانی، ۱۳۸۲، ص۲۰) . یعنی از نظر اسلام یا باید زندگی با نیکی و سعادت و خوشی را انتخاب نمود یا جدایی را برگزید که همین جدایی باید با خوبی همراه باشد.

در بین قوانین اروپایی، قوانین سوئس و آلمان مشابهت زیادی با قوانین ما دارد و حتی گفته شده است بحث نامزدی بخصوص از حقوق سویس به حقوق ما راه پیدا کرده است.البته قواعد مربوط به نامزدی که در کشورهای مسیحی که این نهاد را پذیرفته اند، به نوبه خود از حقوق مذهبی کلیسایی تأثیر پذیرفته است.

با توجه به سابقه تأثیر حقوق اروپا بر حقوق ما، لازم است نگاهی در خصوص جایگاه این تأسیس (نامزدی) در حقوق اروپا داشته باشیم. در این مورد کشورهای اروپایی را می توان به سه دسته تقسیم کرد:

گروه اول: کشورهایی هستند که هیچگونه اثر حقوقی بر این نهاد قایل نیستند. در بین این کشورها می توان انگلستان، اسکاندیناوی و سوئد را نام برد. در حقوق این دسته از کشورها ، نامزدها می توانند هر وقت که بخواهند نامزدی را بهم بزنند و هیچ تعهدی نسبت به انعقاد عقد ازدواج در آینده ندارند. (دیانی، ۱۳۸۲، ص۲۲)

گروه دوم: کشورهایی هستند که به نحوی از این نهاد سخنی به میان آورده اند. ولی نه تحت عنوان به خصوصی که آثار و تبعات آن را نیز ذکر کنند. این کشورها به دو دسته تقسیم می شوند. دسته اول: کشورهایی هستند که مقررات خاصی در این خصوص دارند مانند: اتریش، دانمارک، هلند، اسپانیا، ایتالیا، پرتغال و ترکیه می باشد. دسته دوم: کشورهایی هستند که هیچگونه مقررات خاصی در این خصوص ندارند و برای مواردی که به نحوی پای این نهاد به میان می آید، به قوانین و مقررات عمومی مراجعه می کنند که شامل فرانسه، بلژیک، موناکو، لوگزانبورگ، مجارستان، لهستان و نروژ می باشد. (دیانی، ۱۳۸۲، ص۲۲)

بالاخره گروه سوم: نامزدی را از حقوق خانواده غیر قابل تفکیک دانسته و در حد یک قرارداد قلمداد نموده و برای آن آثار و نتایجی هم برشمرده اند. این گروه شامل کشورهایی مانند سوئس، آلمان و فنلاند می باشند. البته چنانچه گفته شد حقوق آلمان و سوئس در این زمینه خیلی به هم نزدیک می باشند. به همین دلیل آنهایی که قایل شده اند، حقوق ما در زمینه نامزدی از حقوق بیگانه تأثیر پذیرفته، به حقوق آلمان و سوئس اشاره نموده اند. (دیانی، ۱۳۸۲، ص۲۲)

۳-۲-۱- شرایط صحت نامزدی

وعده ازدواج برای طرفین صرفاً ایجاد یک التزام اخلاقی می کند و شاید بتوان از آن به عنوان عقدی جایز نام برد و هریک از دو طرف می توانند از آن عدول نمایند و به دیگر سخن آن را فسخ کنند. پس باید گفت که این وعده مانند سایر قراردادهای مصرح در قوانین، تابع شرایط عمومی قراردادهاست و باید دو طرف قاصد و راضی باشند و برای پیمانی که می بندند دارای اهلیت باشند. بنابراین وعده ای که شخص مست یا دیوانه یا کودک می دهد هیچ اثر حقوقی ای ندارد. همانطور که گفته شد نامزدی تابع قواعد عمومی قراردادهاست، در صورتی که مردی از راه نامزدی دختری را بفریبد و زیانی به او برساند، بر مبنای تسبیب ضامن است نه خلف وعده، خواه نامزدی باطل باشد یا نافذ.

۳-۲-۲- آثار نامزدی

مهم ترین بحثی که در این عنوان به آن خواهیم پرداخت بررسی الزام آور بودن تعهد به ازدواج برای آینده خواهد بود. قانونگذار در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی بدون ارایه تعریفی از نامزدی مقرر می دارد که: «وعده ازدواج ایجاد علقه ازدواج نمی کند، اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخت شده باشد. بنابر این هریک از زن و شوهر می توانند مادام که عقد ازدواج جاری نشده باشد، از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت، مطالبه خسارت نماید.»

از آنجایی که ازدواج قرار داد مهمی است و می تواند سرنوشت یک عمر زوجین یا افراد دیگر را رقم بزند و در صورت عدم دقت کافی بر عواقب و آثار آن ممکن است نتایج شومی را به دنبال داشته باشد، قانونگذار به

خواستگاران اجازه داده تا زمانی که صریحاً خود را با اجرای صیغه ازدواج متعهد نساخته اند، بتوانند از تصمیم خود بازگردند. به خاطر آثار مهمی که ازدواج دارد قانونگذار قواعدی را پیرامون آن مطرح نموده که محل تأمل است: یکی از این احکام خاص، ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی است که وعده ازدواج را الزام آور نمی داند.

در سایر عقود ما شاهد این هستیم که وقتی یک طرف به تعهد خود عمل نمی کند طرف مقابل می تواند اجبار او را از محاکم بخواهد. بررسی اینگونه موارد آشکار می سازد که در آن تعهدات، بحثی از معنویات و عاطفه در میان نیست یا به عبارتی شخصیت طرف علت عمده عقد نیست. مثال شایع قولنامه ای است که بین طرفین بسته می شود و پس از مدتی متعهد له از دادگاه الزام به انتقال ملک را مطالبه می کند. اما ازدواج که باعث تشکیل خانواده می شود با توجه به اینکه رکن اصلی در خانواده محبت بین زوجین است هرگز نمی تواند با اِعمال زور به وجود آید.

با بررسی ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی سوالاتی به ذهن می رسد که باید به آنها پاسخ داد؛ سوال اول: آیا وعده ازدواج مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی نیست تا الزام آور باشد؟

در مورد ماده ۱۰ قانون مدنی که بیان می دارد: « قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» نظریات مختلفی بیان شده است: عده ای معتقد بر این امر هستند که اعلام اراده هیچ الزامی برای نامزد ها به بار نمی آورد؛ حتی تعهد صریح آنان الزام آور نیست. اصل حاکمیت اراده در باب ازدواج، به خاطر حفظ مبانی خانواده و سلامت آن اجرا نمی شود و ماده ۱۰ نمی تواند مستند الزام متعهد قرار گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص٤٢) البته عده ای دیگر نظر به این دارند که باید بحث تعهد به ازدواج را از وعده ازدواج جدا دانست و تعهد به ازدواج طبق ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها الزام آور است. (امامی، ۱۳۸٤، صص۲۷۰ و ۲۷۱)

نظر دیگر این تعهد را یک تعهد یک طرفه جایز و قابل رجوع می دانند. (لنگرودی، ۱۳۸٦، ص۸) در نهایت می توانیم نظر اول را بپذیریم و اینگونه از آن دفاع کنیم که ماده ۱۰ قانون مدنی بحث از قراردادهای خصوصی می کند و دامنه شمول آن، عقود غیر معین را در بر می گیرد ولی ازدواج جزء عقود معین است که احکام خاصی در آن بیان شده و ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی یکی از احکام خاص است؛ پس این ماده مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی نیست که بخواهد الزام آور باشد.

سوال دوم: آیا می توان برای وعده ازدواج وجه التزامی تعیین نمود؟

با ذکر مثال به توضیح بیشتر این سوال می پردازیم « مردی تعهد می کند که دختری را به همسری بگیرد و در قرارداد ملتزم می شود که در صورت تخلف مبلغی به عنوان وجه التزام بپردازد » پاره ای از محققان این وجه التزام را قابل مطالبه می دانند و استدلال می کنند که بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی، اگر مخالف صریح قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، نافذ است. این قرارداد را قانون مدنی باطل ندانسته است و اجرای مفاد آن نیز با نظم عمومی و اخلاق حسنه منافات ندارد. تعهد به ازدواج مانند تعهد به انجام معاملات است و می توان نامزد را به وسیله دادگاه به ازدواج یا پرداخت وجه التزام اجبار کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص٤٣) اما دکتر ناصر کاتوزیان در نقد این نظر معتقد است: این استدلال در صورتی درست است که تعهد به ازدواج الزام آور باشد و واژه « وعده » در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی به معنی نوید و قول اخلاقی گرفته شود نه تعهد مدنی، و قرارداد مربوط به ازدواج هیچ الزامی برای دو طرف به وجود نمی آورد و آزادی تصمیم را تا آخرین لحظه از آنان نمی گیرد. ونیز در پاسخ دیگر به این دیدگاه می توان گفت که: موضوع مورد بحث اصولاً از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی نیست، زیرا به موجب همین ماده تعهدات خصوصی نباید مخالف قانون باشد و موضوع ما نحن فیه مخالف قانون است، بنابراین در محدوده ماده مذکور قابل توجیه نیست. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص٣٣)

توضیح اینکه: به موجب ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی اولاً هریک از طرفین قبل از وقوع عقد حق دارند از وصلت امتناع کنند، ثانیاً هیچ عاملی نمی تواند آنان را به ازدواج مجبور کند. بنابراین به موجب مدلول ماده هرگونه تعهدی قبل از وقوع عقد باطل و بلا اثر است و الزام آور نیست و همین صراحت ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی مدلول آن را از شمول ماده ۱۰ قانون مدنی خارج می سازد، و هرگونه اجتهاد دیگری در مقابل آن باطل است. چون اصل تعهد باطل است، وجه التزام آن هم قابل اجرا نخواهد بود با این استدلال موضوع روشن می گردد که چنانچه زوجین ضمن عقد خارج لازم متعهد بر ازدواج شوند نیز نافذ نخواهد بود. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص٣٣)

با این توضیح می توان به این نتیجه رسید که انعقاد عقد لازم برای التزام به ازدواج فاقد اثر قانونی است و لذا اجرای این عقد بر طبق نظر دادگاه بر خلاف نظم عمومی خواهد بود زیرا اساساً این امر دارای وجاهت قانونی نخواهد بود و الزام به این امر دور از شأن مقنن می باشد.

سوال سوم: مسولیت ناشی از برهم زدن نامزدی چگونه خواهد بود؟ آیا خسارات ناشی از برهم زدن نامزدی قابل مطالبه است؟

با حذف ماده ۱۰۳٦ قانون مدنی در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱٤ که بیان می داشت: « اگر یکی از نامزدها وصلت مورد نظر را بدون علت موجهی برهم بزند در حالی که طرف مقابل یا ابوین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده باشند و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را برهم زده باید از عهده خسارات وارده بر آید، ولی خسارات مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود» دلیل بر مباح بودن عمل فسخ نامزدی دارد.

حال با حذف این ماده نظریاتی مطرح است که دسته ای از علما از جمله آقای محقق داماد معتقد هستند « نامزدی » قرارداد نافذی نیست. به نظر این دسته تعهدی که نامزدها در این مدت پیدا خواهند کرد صرفاً جنبه اخلاقی دارد و حقوق، به خاطر حفظ آزادی زن و شوهر آنرا باطل می داند. (محقق داماد، ۱۳۷٦، صص۳٦ و ۳۷). اما اگر ما خسارت را به دو دسته مادی و معنوی تقسیم کنیم، بحث ما بیشتر پیرامون خسارات معنوی است. قانونگذار در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی مقرر می دارد که « ... طرف دیگر نمی تواند ... از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارت نماید.» با این بیان، ماده شامل هر دو نوع خسارت می شود ولی جنبه معنوی آن غلبه دارد. در حال حاضر در جایی به غیر از قانون مسولیت مدنی مصوب ۷ /۱۳۳۹/۲ بحثی از ضرر معنوی دیده نمی شود.

در این زمینه می توان به نسخ ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی به وسیله ماده یک قانون مسئولیت مدنی نظر داد که این ماده مقرر می دارد: « هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.» و نیز بر طبق ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی « کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران ضرر مادی و معنوی خود را بخواهد. هرگاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می تواند در صورت اثبات تقصیر، علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذر خواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید.»

با توجه به این مواد باید گفت که هرکس در اثر تقصیر خود سبب ورود زیان به دیگری شود باید آن را جبران کند، نامزدی هم که طرف خود را فریب داده یا در فسخ پیمان مرتکب تقصیر شده، مسئول جبران خسارت کار خویش است: یعنی مبنای مسئولیت او قواعد مربوط به تسبیب است نه قرارداد نامزدی. البته بحث ضرر معنوی هنوز در نظام حقوقی ایران به صورت مکتوب است و به صورت رویه در محاکم به وجود نیامده است و بیشتر ادله اثبات دعوا هم برای اثبات ضرر مادی به کار می رود و در ادله هم رویه ای وجود ندارد.

۳-۲-۳- ازدواج موقت در دوران نامزدی

همانطور که تاکنون بیان شده است نامزدی، رابطه نامزدها با یکدیگر را مباح نمی کند، بلکه آنان مانند زن و مرد بیگانه هستند و نمی توانند رابطه نزدیک داشته باشند و نیز رابطه جنسی آنان در این دوره نامشروع است و هرگاه فرزندی از این رابطه حاصل شود از منظر قانونی طفل نامشروع و طبیعی است، هرچند که نامزدی منجر به ازدواج آن دو شود. این نکته را باید خاطر نشان کرد که شرط بهرمندی جنسی در دوران نامزدی شرطی است، نامشروع و بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه می باشد.

۳-۲-٤- انحلال نامزدی در اثر فوت یکی از نامزدها

بر طبق ماده ۱۰۳۸ قانون مدنی « مفاد ماده قبل از حیث رجوع به قیمت، در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها بهم بخورد مجری نخواهد بود.» رجوع به عین هدایا در صورت فوت یکی از نامزدها امکان دارد و مبنای آن بنای دو طرف به انحلال هدیه است. گرچه طبق قاعده کلی درباره عدم امکان رجوع از هبه در صورت فوت یکی از نامزدها بایستی قایل به عدم استرداد هدایا باشیم. قانون مدنی در ماده ۸۰۵ می گوید: « ... بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست» با این حال به ظاهر بین این دو ماده تعارض وجود دارد اما بر طبق عرف و رویه کنونی باید در این مورد نظر به ماده ۱۰۳۸ قانون مدنی داد و قاعده پیشنهادی این ماده را انجام داد.

اما قیمت هدایایی که یکی از نامزدها به دیگری داده و نزد او موجود نیست مطالبه نخواهد شد، اگرچه در اثر تقصیر او تلف شده باشد. (امامی، ۱۳۸٤، ج٤، ص۲۷۵). مفاد این حکم بر عدالت و رسوم اجتماعی استوار است که دعوا را در چنین حالتی ناپسند می داند، وگرنه سقوط حق را به هیچ قاعده حقوقی نمی توان استوار کرد (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص۵۳).

کلیه مباحثی که در باب هدایای دوران نامزدی مطرح شد به طور کلّی مربوط به عرف و اخلاق حسنه می باشد که شاید قانونگذار به دلیل عدم سخت گیری در باب هدایا ورود چندانی نکرده است و افراد را در این زمینه از آزادی برخوردار هستند. اموری که مطرح شده از جمله قوانین تکمیلی بوده است و افراد می توانند با قراردادهای خصوصی در این بخش خلاف قوانین عمل نمایند.

۳-۳- لزوم ارائه گواهی پزشک مبنی بر عدم ابتلاء به امراض مسری

بررسی ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی: « هریک از طرفین می توانند برای انجام وصلت منظور از طرف مقابل تقاضا کنند که تصدیق به صحت از امراض مسریه مهم، از قبیل سفلیس و سوزاک و سل، ارایه دهد».

سوأل: آیا ارایه گواهی پزشکی مبنی بر عدم ابتلاء به امراض مسری قبل از عقد الزامی است؟ از کلمه « می تواند » در ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی چنین استنباط می شود که طرفین مخیر به انجام آزمایش و ارایه گواهی می باشند و از نظر حقوقی ارایه گواهی پزشکی از جمله اختیارات طرفین قرار داده شده است. و لیکن قانونگذار در ماده ۲ قانون لزوم ارایه گواهینامه پزشک قبل از وقوع ازدواج، مصوب ۱۳۱۷/۹/۱۳، کلیه دفاتر ازدواج را مکلف به اخذ گواهی پزشک مبنی بر نداشتن امراض مسریه مهم نموده است. ماده مذکور مقرر می دارد: « کلیه دفاتر ازدواج مکلفند که قبل از وقوع ازدواج نامزدها گواهینامه پزشک را بر نداشتن امراض مسریه مهم که نوع آنها از طرف وزارت دادگستری معین و اعلام می گردد مطالبه نموده و پس از بایگانی آن به عقد ازدواج و ثبت آن با قید موجود بودن گواهی پزشک بر تندرستی نامزدها اقدام نماید.» وضع این ماده سبب منسوخ شدن ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی شده است زیرا ماده ۲ قانون لزوم ارایه گواهی پزشک قبل از ازدواج مصوب ۱۳۱۷، دفاتر را مکلف به مطالبه گواهی پزشک کرده است. این الزام در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ و در ماده ۲۳ ای قانون مورد حمایت قانونگذار قرار گرفته است که مقرر می دارد: «وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلف است ظرف یک ماه از تاریخ لازم الاجراءشدن این قانون بیماریهایی را که باید طرفین پیش از ازدواج علیه آنها واکسینه شوند و نیز بیماریهای واگیردار و خطرناک برای زوجین و فرزندان ناشی از ازدواج را معین و اعلام کند. دفاتر رسمی ازدواج باید پیش از ثبت ازدواج گواهی صادرشده از سوی پزشکان و مراکز مورد تأیید وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی دال بر عدم اعتیاد به مواد مخدر و عدم ابتلاء به بیماریهای موضوع این ماده ویا واکسینه شدن طرفین نسبت به بیماریهای مذکور را از آنان مطالبه و بایگانی کنند».

سوال: چنانچه مردی بدون ارایه گواهی پزشک با زنی ازدواج نماید آیا عدم ارایه گواهی پزشک در صحت عقد اثری دارد یا خیر؟

گرچه قانونگذار دفاتر ازدواج را مکلف به اخذ گواهی پزشک مبنی بر نداشتن بیماری مسری کرده است و قانون مذکور نیز از قوانین آمره و مربوط به نظامات دولتی است و یک تکلیف انتظامی برای سردفتران است که در صورت تخلف موجب تعقیب انتظامی آنان خواهد بود، باید گفت که عدم رعایت آن اثری در صحت یا عدم

صحت عقد ندارد. به هرحال قانونگذار باید به فکر اصلاح مقررات مربوط با توجه به بیماری های صعب العلاج و بعضاً لاعلاج فعلی باشد و قوانین جامع و الزام آوری با ضمانت اجرای دقیق تصویب کند تا از بروز خطرات بعدی که منجر به سست شدن و از هم پاشیدگی بنیان خانواده و اجتماع می گردد، جلوگیری شود.

شاید بتوان گفت که در پاره ای از موارد قانونگذار به دلیل اهمّیت بنیان خانواده باید دست به سخت گیری هایی بزند. در این زمینه می توان به تبصره ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ که بیان می دارد « چنانچه گواهی صادر شده بر وجود اعتیاد و یا بیماری دلالت کند، ثبت ازدواج در صورت اطلاع طرفین بلامانع است . . .»

در این خصوص شاید بهتر بود قانونگذار از باب قدرت حاکم خود جهت این امر که ممکن است برای مثال یک فرد معتاد شایستگی های لازم را جهت تشکیل نهاد خانواده به طور موقت نداشته باشد، وی را ابتداً قبل از ازدواج ملزم به معرفی خود به کلینیک های درمانی کند و پس از مدتی بازپروری به او اجازه ازدواج داده شود و یا افرادی که مبتلاء به بیماری های صعب العلاج هستند، قبل از انعقاد عقد ازدواج طرفین را از مسائل و مشکلات موجود آگاه نمایند و بعد از آگاهی کافی مجاز به انعقاد عقد ازدواج باشند، این امر شاید از دیدی مورد انتقاد افرادی قرار گیرد که معتقد به آزادی افراد در انتخاب مسیر زندگی خود هستند ولی بهتر است قانونگذاران جهت تقویت بنیان خانواده قوانین را با نگرشی بهتر وضع نمایند.

۳-٤- سن بلوغ

عقد ازدواج نقطه عطفی در زندگی انسان است، تشکیل خانواده، حفظ نسل، آرامش و آسایش معنوی و تأمین نیاز جنسی از جمله اهداف انعقاد این عقد محسوب می شوند. یکی از مسائل مهم ازدواج سن مناسب برای این امر است. مسلماً تا فرد خود را نشناسد و درک صحیح از اهداف خود در زندگی نداشته باشد، قطعاً نمی داند از طرف مقابل چه می خواهد. برای داشتن این بینش فرد باید بالغ و رشید باشد؛ یعنی هم از نظر جسمی امادگی پذیرش زندگی جدید را داشته باشد و هم از نظر روحی و روانی تاب و توان مسئولیت های زندگی مشترک را داشته باشد.

سوال این است که در چه سنی فرد بالغ است و چه زمانی به رشد می رسد و آیا واقعا می توان زمان مشخصی را به عنوان سن ازدواج مشخص کرد؟ آیا قبل از این سن، امکان انتخاب همسر برای فرد وجود دارد؟ و کسی می تواند پیش از رسیدن انسان به سن ازدواج، در این مهمترین انتخاب زندگی وی به جای او تصمیم

گیری کند؟ در صورت مثبت بودن جواب این سوال، چنین انتخابی لازم الاتباع است یا فرد حق فسخ آن را دارد؟

۳-٤-۱- سن بلوغ در قوانین

در قانون مدنی بر طبق تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ « سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است ». بر اساس مطالبی که بیان شد ظاهراً سن بلوغ منظور قانونگذار، همان بلوغ جنسی است و چنانچه در ابتدای بحث ذکر شد، سن مناسب برای ازدواج زمانی است که فرد بالغ و رشید باشد و هدف از طرح سن بلوغ، یافتن زمان مناسب برای ازدواج است.

قانونگذار در ماده ۱۰٤۱ قانون مدنی مقرر می دارد که: «عقد ازدواج دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح» شکل ظاهری قانون دارای اشکالی نیست، اما در اینکه دختر ۱۳ ساله و پسر ۱۵ ساله قدرت تصمیم گیری برای ازدواج را داشته یا نه، مربوط به شرط دیگر است که « رشد » نامیده می شود.

آیا صرف رسیدن فرد به سن بلوغ برای ازدواج کافی است؟ آیا در این سن دختران و پسران قادر به قبول مسئولیت هستند؟ مسلماً بلوغ جنسی شرط لازم برای ازدواج است ولی کافی نیست، شرط اساسی دیگری نیاز است که آن رسیدن به رشد است. به نظر می رسد مفهوم رشد چیزی جز درک نباشد و درک مورد نظر بر اساس مصادیق مختلف، متفاوت است. زیرا درک لازم برای یک امر مالی با عقد مهمّی همچون ازدواج قطعاً در یک سطح نیست.

چنانکه در کتاب « الموسوعه الفقهیه المسیره » از محمد علی انصاری آمده است: سن رشد در موارد مختلفی چون خرید و فروش و ازدواج فرق می کند. (انصاری، ۱۳۷۲، ص۳۹۵)

پس رشدی که در بیع مورد نیاز است با رشدی که در ازدواج لازم است متفاوت است. از این رو چه بسا فرد به رشد مدنی رسیده باشد، ولی برای ازدواج رشید نباشد. در امر ازدواج علاوه بر رشد روانی و عاطفی، طرفین باید از نظر جنسی نیز به حدی رسیده باشند تا بتوانند امادگی لازم جهت ازدواج را داشته باشند.

با این توضیح بعید به نظر می رسد دختری که در سن ۱۳ سالگی تازه به بلوغ جنسی رسیده، از نظر روحی و روانی نیز امادگی ازدواج را داشته باشد. بدین ترتیب ماده ۱۰٤۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱/٤/۱ قابل خدشه

است، زیرا اولاً: ۱۳ سال برای دختران و ۱۵ سال برای پسران سن مناسبی برای تصمیم گیری ازدواج نیست. ثانیاً: اختیار ازدواج فرد قبل از این سن به ولی او داده شده است؛ در حالی که انتخاب همسر مهمترین انتخاب زندگی انسان است. با این توضیح شاید بتوان گفت ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳/۱۲/۲۱ که مقرر می داشت: « ازدواج اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و ازدواج ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصلحت اقتضاء کند یا پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثناء معافیت از شرط سن اعطا شود ولی در هر حال این معافیت نمی تواند به اناثی داده شود که کمتر از سن ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل شود که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند.» باز هم مناسب تر بوده است، بنابراین به نظر می رسد مقرره اخیر بهتر بتواند به حفظ بنیان خانواده به عنوان مهم ترین رکن جامعه بیانجامد.

۳-٤-۲- ازدواج پیش از سن ازدواج

ازدواج دختر یا پسر پیش از سن مقرر در ماده ۱۰٤۱ قانون مدنی همانطور که در متن ماده بیان شده « ... منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح » در تفسیر این ماده باید سه نکته را حایز اهمیت قرار داد: ۱_ اذن ولی ۲_ رعایت مصلحت و ضرورت ۳_ تنفیذ دادگاه

در زمینه معیار مصلحت در ازدواج باید گفت: ازدواجی به مصلحت است که هدف نهایی ازدواج را برای انسان تأمین کند. قرآن کریم در این رابطه در آیه ۲۱ سوره روم می فرماید: «وَ مِنْ آیاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَکُمْ مِنْ أَنْفُسِکُمْ أَزْواجاً لِتَسْکُنُوا إِلَیْها» (از نشانه های خدا این است که از خودتان همسرانی برای شما آفرید تا در کنارشان آرامش گیرید.) و در نتیجه باید گفت که هدف نهایی سکونت روح و آرامش روان است.

اقدام ولی نسبت به ازدواج صغیر و صغیره باید در جهت رعایت غبطه و صلاح و صرفه آنان باشد. در غیر اینصورت بعضی از فقها عقیده دارند که عقد به صورت فضولی واقع شده و موقوف بر آن است که صغیر و صغیره پس از بلوغ اجازه دهد یا رد نماید، که در صورت اول عقد صحیح و در صورت رد، باطل است.

گروهی دیگر از فقها معتقدند که در صورت وقوع عقد بر خلاف مصلحت صغار، عقد به کلی باطل است و اجازه بعدی صغیر یا صغیره موجب صحت آن نمی شود. مثلاً چنانچه دختری دو خواستگار داشته باشد و ولی طفل از ازدواج دختر صغیره اش با فرد صالح تر خودداری کند، و او را به عقد دیگری در آورد این عقد اصولاً باطل است. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص٥٠)

با توجه به اینکه قانونگذار در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اذن ولی را به شرط رعایت مصلحت و با تشخیص دادگاه دانسته است می توان قایل به این نظر بود که قانونگذار نظر گروه دوم را ملاک عمل دانسته است و لذا انجام امر ازدواج بدون رعایت مصلحت و عدم تشخیص دادگاه را باطل دانسته است. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص۵۰)

در اینکه ولی می تواند برای دختر صغیره یا پسر صغیر خود ازدواج نماید بین فقها تردیدی وجود ندارد، و در این بحث فرقی نمی کند که دختر صغیره باکره باشد یا اینکه به علت کسالت و یا جنایت یا اشتباهاً از او ازاله بکارت شده باشد. در حدیثی که از امام صادق (ع) نقل شده: « از امام صادق سوال کردم درباره دختر صغیره ای که پدرش برای او ازدواج می کند، آیا او بعد از بلوغ حق اظهار نظر و اختیار دارد یا نه؟ آن حضرت فرمودند: خیر» (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص٤۸)

مشهور فقها با استناد به روایت فوق و نظایر آن عقیده دارند که دختر صغیره پس از بلوغ نسبت به عقد انجام شده توسط ولی خود، حق خیار ندارد. البته اصل لزوم و استصحاب نیز موید عدم خیار برای دختر صغیره بعد از بلوغ است. اما در مورد پسر صغیر، هرچند مشهور علما فتوا به عدم خیار داده اند، گروهی از فقها از جمله ابن براج، ابن حمزه، ابن ادریس حلی و نیز شیخ طوسی معتقدند که پسر صغیر پس از بلوغ حق خیار دارد. برای مستند این نظریه دو مطلب ذکر شده است:

۱ـ ورود ضرر به زوج، زیرا اثبات مهر و نفقه با فرا رسیدن بلوغ بر وی ضرر است در حالی که به زوجه چنین ضرری وارد نمی شود.

۲ـ روایت کناسی، و از امام باقر ع نقل کرده است که آن حضرت فرمود:« هرگاه پدر برای پسر زن بگیرد در حالی که رشد نداشته باشد پس از رسیدن به سن بلوغ یا رشد حق خیار دارد».

به نظر می رسد اولاً فرض مسأله جایی است که هنگام ازدواج این امر در نظر ولی به مصلحت مولی علیه بوده و تشخیص مصلحت با اوست. در واقع معیار، زمان اقدام است نه پس از بلوغ و ثانیاً این جهت نمی تواند موجب تفاوت بین پسر صغیر و دختر صغیره باشد. زیرا هرچند در مورد دختر صغیره از جهت مهر و نفقه ضرر و زیانی وجود ندارد، ولی به هر حال ادامه همسری بدون میل و رغبت فعلی بی تردید خود ضرر است و چنانچه ادله ثانویه مانند قاعده لا ضرر در موردی بتواند کار ساز باشد باید در هر دو مورد موثر واقع شود. جهتی برای تفاوت بین دختر و پسر به نظر نمی رسد. خصوصاً اینکه روایت دیگری که توسط محمد بن مسلم

نقل شده مشتمل بر وجود حق خیار برای دختر صغیره و پسر صغیر است. محمد بن مسلم می گوید: « از آن حضرت درباره دختر و پسر نابالغی که با یکدیگر ازدواج می کنند سوال کردم، فرمود: اگر والدین آنها را به ازدواج در آورده باشند مانعی ندارد ولی بعد از رسیدن به حد رشد دارای حق خیار می باشند.» اما علیرغم این تحقیق همانگونه گفته شد قول مخالفی در مورد عدم خیار برای دختر صغیره وجود ندارد. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص ٤۹ و ٥۰)

با وجود این تفاسیر نمی توانیم به راحتی قایل به فسخ یا عدم فسخ ازدواج دختر و پسر بعد از رسیدن به سن بلوغ باشیم. زیرا خواه یا ناخواه بعد از ازدواج طفل آثاری بر طرفین بار شده است که اگر به راحتی قایل به فسخ یک طرف باشیم، سبب آثار مخربی در روحیه طرف مقابل و نیز آثار مخربی در جامعه در بر خواهد داشت. لذا شاید بتوانیم این دیدگاه را مطرح کنیم که پسر در هر حال می تواند طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی همسر خود را طلاق دهد اما دختر صرفاً محدود به شرایط مندرج در تبصره ۱۱۳۳ است و لذا در صورت عدم رعایت مصلحت از سوی ولی می توان حق طلاق برای آن قایل شد. اما نباید از این امر غافل بود که انجام فسخ ازدواج و یا طلاق بعد از بلوغ، ممکن است در جامعه آثار مخربی را به دنبال داشته و سبب هرج و مرج شود ولی از طرف دیگر نیز نباید قایل به این نظر هم باشیم که با یک انتخاب اشتباه از سوی ولی، طرفین را ملزم به ادامه زندگی نماییم زیرا انجام این امر مخالف با آزادی افراد خواهد بود.

۳-٤-۳- اذن پدر در ازدواج

قانون مدنی در ماده ۱۰٤۳ مقرر می دارد که: « ازدواج دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی کامل مردی که با او ازدواج نماید و شرایط ازدواج و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید. » با دقت در این ماده واضح می شود که در واقع این ماده بر مبنای اشتراک اراده است؛ زیرا بر اساس این ماده دختر بدون اذن ولی نمی تواند ازدواج کند؛ از طرفی پدر هم نمی تواند بدون اجازه دختر بالغ، او را شوهر دهد. نکته این ماده این است که در رأی شماره ٦۲/٦۲ـ۱۳٦۳/۱/۲۹ دیوانعالی کشور به عنوان

وحدت رویه قضایی مطرح شده است: «مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد نیست و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر است. »

٣-٤-٤- ضمانت اجرای ازدواج دختر باکره بدون اذن ولی

در صورتی که ، دختر رشیده باکره ای بدون اذن پدر یا جد پدری یا با وجود مخالفت او ازدواج کند، آیا ازدواج او صحیح است یا خیر؟

از آنجا که در قانون آمده که عقد ازدواج دختر باکره موقوف است به اجازه (اذن) ولی او، می توان نتیجه گرفت که اذن ولی تنها شرط نفوذ چنین عقدی است و نه شرط صحت آن؛ بنا بر این اگر پس از ازدواج، پدر یا جد پدری ازدواج یاد شده را تنفیذ کند، ازدواج صحیح است. زیرا ، از تعبیر ماده ١٠٤٣ قانون مدنی که ازدواج دختر بالغ باکره را " موقوف " به اجازه ولی می داند، به خوبی می توان دریافت که اذن یا اجازه هر کدام تحقق یابد، در صحت و نفوذ ازدواج کافی می باشد.

با این حال، اگر پدر از تنفیذ این عقد ازدواج امتناع کند، در خصوص بطلان آن در فقه اختلاف نظر وجود دارد و برخی از فقیهان از جمله علامه حلی عقد مزبور را صحیح می دانند.

نظریات حقوقدانان و رویه دادگاه نیز، در این مورد متفاوت می باشد. برخی از احکام صادره از دادگاهها مایل به صحت عقد مزبور است؛ مثلاً شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران در تاریخ ١٣٥٩/٣/١٢ در پرونده کلاسه ٢٠/٥٨، درخواست پدر مبنی بر اعلام بطلان عقد دخترش را که بدون اذن او انجام گرفته ، مردود شناخته و به صحت عقد مذکور حکم داده است، در رأی دادگاه این چنین آمده است :

بالأخره پس از بررسی محتویات پرونده و اظهارات خواهان که دخترش بدون رضایت وی ازدواج کرده و اغفال شده است، باید توجه داشت که اولاً : موجبات فسخ عقد نامه چند چیز است که مورد ادعا از مصادیق هیچ یک از آنها نیست و اینکه مراجع عالیقدر رضایت پدر را در ازدواج دختر دوشیزه شرط دانسته اند:

١: شرط صحت عقد نمی باشد بلکه، شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد که احترام به پدر محفوظ بماند.٢: هیچیک از کسانی که حتی اجازه پدر را شرط صحت عقد دانسته اند، ازدواج مجدد دختر رشیده ای را که بدون اجازه پدرش به عقد مرد مورد دلخواهش در آمده، پس از مراسم عروسی و زندگی با یکدیگر برای

شخص ثالثی جایز نمی داند، یعنی ازدواج اول را باطل اعلام نمی کنند... بنابراین، ازدواج دو نفر جوان بالغ و رشید ... را نمی توان باطل دانست، بلکه ازدواج آنان صحیح است .

با این اوصاف به نظر می رسد: با توجه به اینکه ازدواج بدون اذن ولی به دور از شأن جامعه اسلامی است. ولی اگر قایل به فسخ ازدواج بدون اذن ولی باشیم باز هم با آثار مخربی همچون آثار روحی برای طرفین و نیز ممکن است در فاصله ازدواج تا فسخ ازدواج طفلی حاصل ازدواج باشد با فسخ ازدواج وضعیت حقوقی غیر قابل جبرانی برای طرفین به بار خواهد آمد. لذا با توجه به این امر صحت ازدواج مذکور بهترین راه برای حل این مشکل خواهد بود.

سوالی که در اینجا می توان مطرح نمود، این است که در صورتی که دختری باکره بر اساس نظر مرجع تقلیدش بدون اذن ولی، ازدواج موقت یا دائم (بدون ثبت رسمی) انجام دهد (به ویژه جمع زیادی از مراجع در فتوا احتیاط کرده اند و مقلد شرعاً می تواند در این مسأله به مجتهد دیگر که فتوا داده رجوع کند) در این حال عقد فاسد یا صحیح است؟

نظر اول: ازدواج امری اجتماعی است و باید مطابق قانون مدنی انجام شود؛ در نتیجه عقد مزبور باطل خواهد بود و دادگاه می تواند دستور به ابطال آن را صادر کند. (ویشته، ۱۳۸۸، ص۳۲)

نظر دوم: آن چیزی که باعث حلیت رابطه زوجین می شود نظر شرع است و قانون فقط در مقام بیان نظر شرع می باشد. در نتیجه اگر ازدواجی مطابق شرع صحیح باشد، چگونه قانون می تواند آن را باطل کند؟ همچنین چگونه می توان پذیرفت در حالی که در حالی که اصل ۱۲ قانون اساسی به پیروان سایر مذاهب اسلامی اجازه داده که از مجتهد خودشان در احوال شخصیه تبعیت کنند، یک فرد شیعه نتواند بر اساس نظر مرجع خودش رفتار کند؟ (ویشته، ۱۳۸۸، ص۳۲)

موضوع مهم دیگر اینکه ازدواج عقدی است که آثار و تبعات گوناگونی دارد. در صورت بطلان عقد باید تمام آثار قانونی ازدواج منحل شود. به عبارت دیگر بطلان ازدواج به معنای غیر قانونی دانستن روابط جنسی در مدت مذبور، غیر قانونی بودن رابطه نسبیت بین ابوین و فرزند احتمالی، منتفی شدن توارث بین زوجین با فرزند و ... خواهد بود. (ویشته، ۱۳۸۸، ص۳۲)

واضح است که تمام این آثار ناشی از شرع است و نمی توان آنها را منتفی کرد؛ مگر اینکه رابطه مزبور وطی به شبه تلقی شود و آثار رابطه قانونی در این مورد برای آن در نظر گرفته شود. همچنین در صورتی که در عقد

مزبور ازاله بکارت رخ داده باشد؛ پس از ابطال عقد این بار زوجین می توانند بدون اذن پدر رسماً ازدواج خود را ثبت کنند و در واقع اراده پدر و بطلان ازدواج توسط دادگاه یا فسخ آن توسط پدر ارزشی نخواهد داشت؛ زیرا دیوانعالی کشور در رأی ٦٢/٦٢ مورخه ١٣٦٣/١/٢٩ بر انجام این امر صحه گذاشته است.

بنابراین در صورتی که دختر باکره رشیده بدون اذن پدر و به استناد فتوای مجتهد خویش با مردی ازدواج موقت و بدون ثبت کند، هیچ مجازاتی برای آنها نخواهد بود، اما اگر ازدواج دایم بدون ثبت باشد مرد به استناد ماده٦٤٥ قانون مجازات اسلامی که مقرر می دارد: «به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج دایم ، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دایم، طلاق و رجوع نماید، به مجازات حبس تعزیری تا یکسال محکوم خواهد شد» و دختر مجازات نخواهد شد! لذا بطلان مشکلات زیادی را ایجاد خواهد کرد.

اما اگر نظر دوم پذیرفته شود و ازدواج مزبور باطل نگردد، هرچند از نظر شرعی و ضوابط فقهی ، درست عمل شده است اما ممکن است به گسترش روابط جنسی بین جوانان تحت پوشش ازدواج موقت، منجر شود و این موضوعی است که فقها را هم در بیان صریح نظراتشان با تردید همراه ساخته است. (ویشته، ١٣٨٨، ص٣٤)

٣-٤-٥- موارد سقوط اعتبار اذن ولی

بر طبق ماده ١٠٤٤قانون مدنی «در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشد و استیذان از آنها عادتاً غیر ممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد وی می تواند اقدام به ازدواج نماید».

در پاره ای از موارد، اعتبار اذن ولی ساقط می گردد و دختر باکره می تواند بدون اذن پدر یا جد پدری خویش اقدام به ازدواج کند؛ چنین ازدواجی به حکم قانون صحیح و نافذ می باشد. این قیود محدود کننده عبارتند از:

الف: ولی باید در قید حیات باشد ، وگرنه اجازه او لازم نیست.

ب: ولی حاضر باشد، اگر ولی مسافر یا غایب بود، ولایت او ساقط و اذن وی غیر لازم می گردد.

ج: ولی خود باید اهلیت داشته باشد؛ اگر ولی و سرپرست خود محجور باشد، حق دخالت ندارد.

د: ولی باید در ازدواج دختر مصلحت شناسی کند، زیرا اختیار او محدود به مصلحت دختر است.

ه: ولی باید در رعایت مصلحت، دلسوز باشد؛ ممانعت بی جهت به موجب قانون ولایت ولی را ساقط می نماید. (اخباریه، ۱۳۸۷، ص٤)

۳-٤-٦- فوت یا حجر ولی

اگر، پدر یا جد پدری دختر به علتی محجور و تحت قیمومیت باشد، اذن شخص دیگری مانند قیم او لازم نمی باشد. همچنین، اگر پدر یا جد پدری دختر فوت کرده باشند، دختر مکلف به کسب اذن شخص دیگری نیست و اعتبار اذن ولی ساقط می گردد.

قانون مدنی، به سقوط اعتبار اذن ولی در صورت حجر یا فوت او اشاره نکرده است. اما تا پیش از اصلاح قانون سال ۱۳۷۰، ماده ۱۰٤٤ قانون مدنی با صراحت سقوط اعتبار اذن ولی را درمورد حجر بیان می کرد. این ماده با اشاره به ماده ۱۰٤۳ به صورت زیر تنظیم گشته بود: «در مورد ماده قبل، اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به علتی تحت قیمومیت باشد، اجازه قیم او لازم نخواهد بود».

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ با توجه به مبانی مسلم فقهی، ماده ۱۰٤٤ قانون مدنی باید به گونه ای تغییر می یافت که محجور بودن ولی و عدم دسترسی به او و هر دو، از موارد سقوط اعتبار اذن ولی در مورد ازدواج دختر باکره، تعیین می گردید؛ اما متأسفانه قانونگذار مورد محجور بودن ولی را حذف کرد و مسأله عدم دسترسی به ولی را به جای آن قرار داد.

حکم ماده فوق را بدین گونه می توان تحلیل نمود که چون این موارد تحت تأثیر مسائل فقهی است و مربوط به علمای فقه، پس بهترین عمل و توضیح آن است که این امر را به علمای این فن اختصاص دهیم.

الف) عدم دسترسی به ولی

در صورتی که، پدر یا جد پدری غایب بوده و به آنها دسترسی نباشد، طبق نظر فقیهان امامیه دختر می تواند بدون اذن ولی با همسرشایسته و هم کفو خویش ازدواج کند. ماده ۱۰٤٤ قانون مدنی، اصلاحی سال ۱۳۷۰، به تبع فقه اینچنین مقرر می دارد: « در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضرنباشند و استیذان ازآنها نیز عادتاً غیر ممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می تواند اقدام به ازدواج نماید» .

ب) منع غیر موجه ولی

چنانکه پیشتر به آن اشاره شد، هدف قانونگذار از معتبر دانستن " اذن ولی در ازدواج دختر باکره" حفظ مصالح دختر، خانواده و جامعه می باشد. در صورتی که ولی از اختیار خویش سوء استفاده کند و بدون دلیل یا به دلیلی غیر موجه از ازدواج دختر باکره با همسر مناسب و شایسته او جلوگیری کند؛ دلیلی برای باقی ماندن اعتبار اذن او وجود ندارد. از این رو، قانون مدنی در ذیل ماده ۱۰۴۳ اعلام می کند: « ... و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط است و در این صورت، دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط ازدواج و مهری که بین آنها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام کند» .

چنانکه از ماده بالا بر می آید، صرف اجتناب پدر از دادن اذن ، بدون علت موجه، اعتبار اذن او را ساقط می کند؛ در حالی که تا پیش از اصلاح ماده فوق در سال ۱۳۷۰، دختر باکره برای ازدواج باید به دادگاه مراجعه می نمود و دادگاه پس از ناموجه تشخیص دادن علت منع، اذن به ازدواج را صادر می کرد.

شورای نگهبان، به هنگام اظهار نظر در مورد اصلاحیه قانون مدنی مصوب مجلس شورای اسلامی، ماده ۱۰۴۳ را که همانند گذشته، مراجعه دختر به دادگاه و اخذ اذن را برای ازدواج لازم می شمرد، خلاف شرع تشخیص داد و در نامه مورخ ۱۳۷۰/٦/٦، خطاب به مجلس شورای اسلامی اعلام داشت: « الزام دختر به مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی از دادن اجازه بدون علت موجه، با موازین شرع مغایر است...». در نتیجه، مجلس شورای اسلامی، ماده بالا را به صورتی که ذکر گردید، اصلاح نمود.

بنابراین اگر دختر بدون مراجعه به دادگاه با همسر هم کفو خویش ازدواج کند، نمی توان ازدواج او را باطل دانست. در حقیقت، ثبت ازدواج و گرفتن اذن از دادگاه مدنی خاص از شرایط ازدواج نبوده و عدم مراعات آن صرفاً تخلف انتظامی به حساب می آید.

۳-۵- موانع ازدواج

قانونگذار به طوری تفصیلی به بررسی موانع ازدواج پرداخته است، لذا با توجه به این که این مبحث به طور کلّی ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی و اخلاق حسنه دارد و نیز افراد نمی توانند به طور صریح یا ضمنی از انجام این مواد سر باز بزنند، و در صورت عدم انجام این مواد با برخورد های قانونی و گاهاً عرفی مواجه خواهند

شد، لذا با این توضیحات، ظاهر مواد ۱۰۴۵ الی ۱۰۶۰ قانون مدنی کافی بر مبحث مورد نظر می باشد و فقط به بیان موضوعی و موردی این مواد اشاراتی خواهیم نمود.

مقصود از موانع ازدواج شرایطی است که چنانچه در یکی از زن یا مرد وجود داشته باشد، امکان ازدواج آن دو را موقتاً یا به طور دائم منتفی می‌سازد حتی اگر کلیه شرایط اساسی صحت عقد نیز موجود باشد. عقدی که به این ترتیب منعقد می‌شود، باطل است و لذا اثری از لحظه انعقاد بر آن بار نمی‌شود.

در نگاهی کلّی به این موانع می توان آنها را در۶ سرفصل ذیل خلاصه کرد:۱- قرابت (اعم از نسبی، سببی و رضاعی) ۲- شوهر داشتن زن ۳- عده زن ٤- طلاق بار سوم و نهم ٥- ازدواج با اتباع بیگانه ٦- استیفاء عدد.

۳-٥-۱- قرابت

محارم نسبی

قانون مدنی در ماده ۱۰٤٥ مقرر می دارد: « ازدواج با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد:

۱- ازدواج با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا برود.

۲- ازدواج با اولاد هر قدر که پایین برود.

۳- ازدواج با برادر و خواهر و اولاد آنهاتا هر قدر که پایین برود.

٤- ازدواج با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات»

منع ازدواج با خویشان نسبی از دیر باز به عنوان قانون طبیعی و مسلم اجتماعی پذیرفته شده است. یونانیها و رومیان ازدواج با خویشان نسبی، بویژه در خط مستقیم را مباح نمی دانسته اند. آیین مسیح نیز این منع را گسترش داد و ازدواج تا درجه هشتم را جایز ندانست. (بهزادی، ۱۳٤٥، ص٤۰)

در اسلام نیز ازدواج با محارم نسبی به اعتدال منع شده و قانون مدنی نیز از آن پیروی کرده است. به تصریح ماده ۱۰٤٥ قانون مدنی با اقتباس از آیه ۲۳ سوره نساء: (بر شما حرام شده است مادرانتان و دخترانتان و خواهرانتان و عمه‌هایتان و خاله هایتان و دختران برادر و دختران خواهر) در مقام تبیین " قرابت نسبی" و انواع آن، ازدواج هفت دسته از زنان را بر مردان حرام و ازدواج میان ایشان را ممنوع دانسته است.

این هفت گروه عبارت است از: مادران، دختران، خواهران، عمه ها، خاله ها، دختران برادر و دختران خواهر. بنابر این ازدواج مرد با مادر یا خواهر یا دختر و ... متعلق به وی ممنوع دانسته شده است.

الف) محارم سببی

در این بحث سه ماده از قانون مدنی قرار گرفته است که می توان به مواد ۱۰۴۹، ۱۰۴۸، ۱۰۴۷ اشاره کرد:

ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی مقرر می دارد: « ازدواج بین اشخاص ذیل به واسطه مصاهره ممنوع دائمی است:

۱- بین مرد و مادر و جدات زن از هر درجه که باشد اعم از نسبی و رضاعی.

۲- بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر و یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است هر چند قرابت رضاعی باشد.

۳- بین مرد با اناث از اولاد زن از هر درجه که باشد ولو رضاعی مشروط بر این که بین زن و شوهر زناشویی واقع شده باشد.»

ماده ۱۰۴۸ قانون مدنی نیز تصریح کرده است: « جمع بین دو خواهر ممنوع است اگرچه به عقد منقطع باشد.»

در ماده ۱۰۴۹ قانون مدنی آمده است: « هیچ کس نمی‌تواند دختر برادرزن و یا دختر خواهرزن خود را بگیرد مگر با اجازه زن خود»

محارم سببی کسانی هستند که ازدواج با آنان به دلیل وجود خویشاوندی سببی حرام است. این محارم به دو گروه اصلی قابل تقسیم هستند:

الف. کسانیکه ازدواج با آنها در هر حال و برای همیشه حرام است، هرچند که زوجین نیز از هم جدا شوند. بموجب ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی به مجرد عقد ازدواج بین یک زن ومرد، مادر و جدات آن زن بر مرد حرام ابدی می‌گردند. هم چنین ازدواج با زن پدر و زن اجداد و یا ازدواج با زن پسر یا زن احفاد نسبی و رضاعی وی نیز ممنوع است. ازدواج مرد با اناث از اولاد زن نیز مشروط بر آنکه بین زن و شوهر زناشویی واقع شده باشد نیز منتفی دانسته شده است.

ب. ازدواج با کسانیکه جمع بین آنها ممنوع است. چون در حقوق ما مرد می تواند بطور استثنایی زنان متعدد اختیار کند، ازدواج با پاره ای از زنان بخاطر جمع شدن با زنان دیگر ممنوع شده است. این زنان عبارتند از:

ازدواج با دو خواهر (ماده ۱۰٤۸ قانون مدنی) و نیز ازدواج با برادرزاده و خواهر زاده زن (ماده ۱۰٤۹ قانون مدنی)

قرآن کریم دربارۀ حرمت ازدواج دو خواهر بطور همزمان در آیه ۲۳ سوره نساء می فرماید: « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ . . . وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ» (برخی ازدواج ها بر شما حرام شده از جمله ازدواج دو خواهر بطور همزمان). از نظر روایات در این باره تنها این روایت رسیده است که راوی می گوید: «به امام معصوم ـ علیه السّلام ـ عرض کردم چرا برای مرد جائز نیست که به طور همزمان با دو خواهر ازدواج کند؟ حضرت فرمود: «لتحصین الاسلام، سایر الادیان تری ذلک» یعنی این عدم جواز به نوعی مرز و حصن اسلام است. از تعبیر «تحصین» در روایات بدست می آید که اسلام به دلیل اهمیت دادن به مسایل خانواده در همۀ زوایای آن توجه خاصی مبذول داشته است، به همین دلیل حرمت آن گونه ازدواج ها را به عنوان حصن اسلام معرفی کرده است. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص٦٤)

پس می توان گفت جریان حفظ خانواده نیز در حد خود به گونه ای از نظر اسلام اهمیت دارد. گر چه اسلام به دلایل خاص و مصالح پیدا و ناپیدا تعدد زوجات را با حفظ عدالت و مراعات حقوق همۀ زنان، جائز دانسته است.

ب) محارم رضاعی

به موجب ماده ۱۰٤٦ قانون مدنی:« قرابت رضاعی از حیث حرمت ازدواج در حکم قرابت نسبی است مشروط بر این که:

اولاً – شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد.

ثانیاً – شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد.

ثالثاً – طفل لااقل یک شبانه روز و یا پانزده دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد بدون این که در بین غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد.

رابعاً – شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد.

خامساً – مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد، بنابراین اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیرزن دیگر بخورد موجب حرمت نمی‌شود، اگرچه شوهر آن دو زن یکی

باشد. و همچنین اگر یک زن یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هر یک‌را از شیر متعلق به شوهر دیگر شیر داده باشد آن پسر و یا آن دختر برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آنها از این حیث ممنوع نمی‌باشد.

قرابت رضایی « فرض حقوقی » است که هدف آن ایجاد حرمت در ازدواج بر پایه احترام به سنت های اجتماعی است. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص۸۹). از دیرباز مردم کودکی که در آغوش زنی شیر می خورده است را به چشم فرزند وی می نگریستند. اسلام نیز به این اخلاق اجتماعی احترام گذارده و کودک رضاعی را در حکم فرزند زن قرارداده است.

قانون مدنی نیز با تأسی به این اصل در ماده ۱۰٤٦، ضمن بیان اوصاف و شرایط ایجاد قرابت رضاعی، طبقات محارم رضاعی را همچون محارم نسبی دانسته است (یحرم بالرضاع ما یحرم با نسب.) بنابراین همان گونه که شخص نمی تواند با مادر زن خود ازدواج کند بر مادر رضاعی او نیز حرام است؛ هم چنانکه شخص با عروس خود حق ازدواج ندارد، زن سابق پسر رضاعی خود را نیز نمی تواند بگیرد. به همین ترتیب مرد حق ندارد با دختر رضاعی زن یا همسر پدر رضاعی خود ازدواج کند. اگر دو کودک با رعایت شرایط ماده ۱۰٤٦ قانون مدنی از شیر یک زن بخورند، با هم خواهر و برادر رضاعی شده و نمی توانند با هم ازدواج کنند.

۳-۵-۲- شوهر داشتن زن

زن شوهردار نمی توان ازدواج کند، و ازدواج دیگری با او، خواه آگاه از این مانع یا جاهل به آن باشد، باطل است. ضمانت اجرای تخلف از این شرط تنها بطلان ازدواج نیست، بلکه چنانچه دو طرف یا یکی از آنها عالم به وجود رابطه زوجیت و حرمت ازدواج باشند، ازدواج میان آن دو حرمت ابدی ایجاد می کند. ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی در این باره تاکید داشته است: " هر کس زن شوهر دار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت ازدواج .... برای خود عقد کند، عقد باطل و آن زن مطلقاً بر آن شخص حرام مؤبد می شود". (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص۹۰)

نکته قابل توجه این است که، هر گاه ازدواج پیش از نزدیکی زن و مرد ابطال شود، حرمت ابدی ایجاد نمی شود. اگرچه چند زنی در حقوق ما با شرایطی پذیرفته شده است، ولی چند شوهری به هیچ‌وجه مجاز نیست. تعدد شوهر برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه و موجب اختلاط نسل است و قانون هیچ‌یک از کشورهای

متمدن آن را نپذیرفته است. بنابراین قانون مدنی که از فقه اسلامی در این زمینه پیروی کرده است چند شوهری را منع کرده است.

۳-۵-۳- عده زن

در عده بودن زن یکی از موانع ازدواج بشمار می آید. بنا بر تعریف ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی ایران «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد ازدواج او منحل شده است، نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند».

مقررات عده در حقوق ایران از فقه امامیه گرفته شده است. ولی باید یاد آور شد که نهاد حقوقی عده منحصر به فقه اسلامی و حقوق کشورهای اسلامی نیست، بلکه با اختلافاتی در حقوق کشورهای غربی من جمله فرانسه هم دیده می‌شود. ماده ۲۲۸ قانون مدنی فرانسه اشعار می دارد: « زوجه تنها پس از ۳۰۰ روزاز انحلال ازدواج نخست می تواند ازدواج نماید » حقوقدانان فرانسه علت وضع این مدت را الحاق نسب به پدر و ایجاد رابطه پدری بیان داشته اند و۳۰۰ روز حداکثر مدت حمل است. چراکه اگر زوجه بلافاصله بعد از مرگ زوج ازدواج نماید فرزندی ۹ ماه بعد متولد شود درالحاق نسب وی ابهام به وجود می آید .ماده فوق از حقوق قدیم فرانسه اقتباس شده است . (لبانی مطلق، ۱۳۸٤، ص۳۹)

در توجیه عده دلایلی آورده اند من جمله اینکه جلوگیری از اختلاط نسل اقتضا دارد که زن تا مدتی پس از انحلال ازدواج نتواند ازدواج کند. دیگر آنکه رابطه زناشویی هر قدر هم که ناپایدار باشد، محترم است و احترام آن ضرورت دارد که زن نتواند بلافاصله پس از انحلال ازدواج دوباره ازدواج نماید.

علاوه بر این عده طلاق گاهی مهلتی برای تفکر و بازگشت به زندگی خانوادگی است. در این مدت زن و شوهر می توانند درباره کانون خانوادگی و سرنوشت خود و فرزندانشان نیک بیاندیشند و قانونگذار این اختیار را به شوهر داده است که در صورت پشیمانی از گسستن رابطه زناشویی، با رجوع خود اثر طلاق را از میان برده، زندگی مشترک را بدون اشکال از سر گیرد. عده دارای اقسام مختلفی است: عده وفات ، عده طلاق ، عده فسخ ازدواج ، عده نزدیکی به شبهه و عده بذل یا انقضاء مدت در ازدواج منقطع. عده فسخ ازدواج دائم مانند عده طلاق و عده فسخ ازدواج منقطع مانند عده بذل یا انقضاء مدت در این ازدواج است و عده نزدیکی به شبهه هم مانند عده طلاق است (ماده ۱۱۵۷). آنچه بیشتر از اقسام دیگر اهمیت دارد عده وفات و عده طلاق است.

الف. عده وفات– عده وفات یعنی مدتی که زن بعد از مرگ شوهر باید برای اختیار شوهر دیگر صبر کند، اصولاً چهار ماه و ده روز است که که مبتنی بر آیه ۲۳٤ از سوره بقره است که بیان میدارد: (و کسانی از شما که می‌میرند و همسرانی بر جای می‌گذارند [همسران] چهار ماه و ده روز انتظار می‌برند)[۱].

ماده ۱۱٥٤ قانون مدنی در این باره می گوید: عده وفات ... در هر حال چهار ماه و ده روز است مگر اینکه زن حامل باشد که دز این صورت عده وفات موقع وضع حمل است، مشروط بر این که فاصله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشد و الا مدت عده همان چهار ماه و ده روز خواهد بود.

ب. عده طلاق – عده طلاق بر حسب اینکه زن آبستن باشد یا نه متفاوت است .عده زن آبستن طبق ماده ۱۱٥۳ قانون مدنی تا وضع حمل است. برابر ماده ۱۱٥۱ همان قانون عده طلاق زن غیر آبستن سه طهر است.

۳-٥-٤- مطلقه بودن به سه طلاق و نه طلاق

طبق ماده ۱۰٥۷ قانون مدنی «زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده، بر آن مرد حرام می شود، مگر اینکه به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری درآمده و پس از وقوع نزدیکی با او، به واسطه طلاق یا فسخ یا فوت، فراق حاصل شده باشد »

بنابراین مردی که سه مرتبه متوالی زنی را طلاق داده، اعم از اینکه طلاق بعد از رجوع در ایام عده یا پس از ازدواج جدید واقع شده باشد، نمی تواند از نو با او ازدواج کند، زیرا ازدواجی که این قدر متزلزل و ناپدار باشد، نمی تواند کانون خانوادگی خوشبختی به وجود آورد و بجاست که از تجدید آن پس از سه بار طلاق متوالی جلوگیری شود به علاوه قانونگذار خواسته است بدین وسیله از تکرار طلاق جلوگیری کند.

فرض کنیم بعد از سه طلاق متوالی و دخالت محلل و انحلال ازدواج و ازدواج مجدد زن و شوهر سابقش، باز زوجین با هم ناسازگاری آغاز کنند و طلاق تکرار گردد. این مسئله نمی تواند برای همیشه ادامه داشته باشد. لذا قانونگذار به پیروی از فقه اسلامی مقرر داشته است: «زن هر شخصی که به نه طلاق که شش تای آن عدی است مطلقه شده باشد، بر آن شخص حرام مؤبد می شود»

۳-۵-۵- ازدواج با اتباع بیگانه

ازدواج مرد ایرانی با زن خارجی، بر اساس اصول، مانعی ندارد مگر در مواردی که دولت بر اساس ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی، محدودیت هایی را ایجاد کند. در این ماده آمده است: «دولت می تواند ازدواج بعضی از مستخدمین و مأمورین رسمی و محصلین دولتی را با زنی که تبعه خارجه باشد، موکول به اجازه مخصوص نماید. » ناگفته پیداست که در بخش قوانین ماهوی نیز رعایت قوانین ایران بر مرد ایرانی لازم است. بنابراین، مرد مسلمان ایرانی نمی تواند زن مشرک و غیر کتابی بگیرد. محدودیتی که در ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی آمده، در حال حاضر تنها ویژه کارمندان وزارت خارجه است که بر اساس قانون منع ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه مصوب سال ۱۳٤۵ اعمال می شود. البته تخلف از این ماده، باطل شدن ازدواج را در پی ندارد، بلکه سبب اخراج کارمند متخلف از خدمت وزارت امور خارجه می شود. اگر ضمانت اجرای سرپیچی از این ماده، باطل شدن ازدواج بود، دلیلی نداشت که از کارمند متخلف، صلاحیت ادامه خدمت در وزارت امور خارجه سلب شود. در صورت اقتضای مصالح سیاسی، امنیتی، اجتماعی و فرهنگی، دولت می تواند با تصویب آیین نامه ای، محدودیت های بیش تری را برای ازدواج محصلان و مأموران و کارکنان دولتی، با اتباع خارجه قرار دهد. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص۱۰۵)

ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی محدودیت بیش تری دارد. ماده ۱۰٦۰ قانون مدنی می گوید: «ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی در مواردی هم که مانع قانونی ندارد، موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت است.» یعنی حتی اگر موانعی هم چون کفر و قرابت هم در میان نباشد، باید از دولت اجازه بگیرد. مبنا و فلسفه وضع ماده ۱۰٦۰ قانون مدنی، از یک سو مصالح سیاسی است؛ زیرا بر اساس ماده ۹۸۷ قانون مدنی، ممکن است زن ایرانی در ازدواج با تبعه خارجی، تابعیت ایرانی خود را از دست بدهد و از سوی دیگر، حمایت از حقوق بانوان ایرانی است. برای همین، آیین نامه زناشویی بانوان ایرانی با تبعه بیگانه در تاریخ ۱۳۱۹/۹/۲٦ به تصویب رسید و در آن، ترتیب و شرایط صدور پروانه زناشویی معین شد. البته در ضمانت اجرای حقوقی ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی در صورتی که پروانه زناشویی نگرفته باشد، میان حقوق دانان، اختلاف وجود دارد. برخی بر این باورند از جمله دکتر کاتوزیان که با توجه به لزوم کنترل و نظارت دولت بر این گونه ازدواج ها، ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی نافذ نیست. دسته ای دیگر از حقوق دانان می گویند چون گرفتن اجازه از دولت برای

ازدواج، از نظام های دولتی به شمار می آید و امری جدا از شرایط و موانع نکاح است، ازدواج بدون گرفتن پروانه زناشویی را باید صحیح و نافذ دانست. (کاتوزیان، ١٣٨٤، ص١٠٦)

به نظر می رسد دیدگاه دسته دوم با متون فقهی و روح قانون سازگارتر است. جای تعجب است برخی از حقوقدانان از جمله کاتوزیان، ازدواج کارمندان وزارت خارجه با زن خارجی را بدون اجازه دولت باطل نمی داند، بلکه آن را تنها یک تخلف اداری می داند که مجازات انتظامی دارد، ولی ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی، بدون گرفتن پروانه زناشویی را باطل می شمارد!

حال سوالی که پیش می آید این است که: چنانچه اتباع خارجی در صورت عدم تحصیل اجازه اقدام به ازدواج با زن ایرانی کنند، آیا مجازاتی در قانون در این رابطه برای طرفین وجود دارد؟

گرچه، طبق ماده ٥١ قانون حمایت خانواده مصوب ١٣٩١/١٢/١ که بیان می دارد: «هر فرد خارجی که بدون اخذ اجازه مذکور در ماده (١٠٦٠) قانون مدنی و یا بر خلاف سایر مقررات قانونی با زن ایرانی ازدواج کند به حبس تعزیری درجه پنج محکوم می شود.» و ماده ١٠٦٠ قانون مدنی که بیان داشته است: « ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه در مواردی هم که مانع قانونی ندارد موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت است»، ازدواج ایرانی با تبعه خارجی در مواردی که هم منع قانونی ندارد، موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت، به ترتیب ذکر شده است و بدون اجازه وزارت کشور، ثبت آن ممکن نیست، با وجود این، طبق قسمت اخیر ماده ٥١ مزبور، هر فرد خارجی در صورت عدم تحصیل اجازه و اقدام به ازدواج با زن ایرانی، به حبس تعزیری درجه پنج محکوم می شود.

ضمن این که، عدم ثبت واقعه ازدواج طبق ماده ٦٤٥ قانون مجازات اسلامی جرم بوده و مستوجب مجازات مقرر در آن است. با عنایت به مواد ٥ ، ٦ و ٧ قانون مدنی، اتباع خارجی نیز در این خصوص، مستثنا نبوده و ملزم به ثبت واقعه ازدواج، به ترتیب ذکرشده هستند.

به علاوه، برابر بند یک ماده ٤٥ اصلاحی قانونی ثبت احوال، محاکم ایرانی با رعایت ماده ١٠٦٠ قانون مدنی از پذیرش دعوی و صدور حکم به ثبت واقعه ازدواج اتباع خارجی با زنان ایرانی (قبل از تحصیل اجازه مخصوص از وزارت کشور) خودداری کرده و نظر به آنکه، وفق بند ٣ همان ماده، جرم موضوع ماده ٥١ قانون حمایت خانواده و ماده ٦٤٥ قانون مجازات اسلامی، در شمار جرایم عمومی هستند، لذا در صورتی که دادگاه ها در جریان رسیدگی به دعاوی مربوط به ازدواج به این گونه جرایم برخورد کنند، مکلفند طبق قانون آیین

دادرسی کیفری و ماده ۱۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب به جرم انتسابی رسیدگی کنند و عدم شکایت شاکی خصوصی یا اداره ثبت احوال، مانع از رسیدگی و صدور حکم نخواهد بود.

با وجود این، گرچه ازدواج زن ایرانی با مرد تبعه خارجی که منع قانونی نداشته باشد، موکول به اجازه دولت بوده و بر آن، ضمانت‌های اجرایی و قانونی مذکور مترتب، است ولی براساس نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه کسب اجازه از وزارت کشور، شرط صحت عقد نبوده و اخذ شناسنامه برای فرزندان زوجین که مادر آنها، ایرانی بوده و در ایران متولد شده اند، فاقد اشکال است و با توجه به صحت ازدواج فی ما بین، تقاضای ابطال آن به لحاظ فقد اجازه وزارت کشور، مسموع نبوده و قابل پذیرش نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص٦٤٧)

به علاوه، گرچه ثبت ازدواج در ایران جنبه نظم عمومی دارد و باید به ثبت برسد و در این امر تفاوتی بین اتباع ایرانی و خارجی وجود ندارد و در صورتی که صحت ازدواج از لحاظ ارکان اساسی آن محرز نشود، عدم کسب اجازه زوج تبعه خارجه، تاثیری در قضیه نداشته و ازدواج مربوطه باید به ثبت برسد و دادگاه در این مورد، می تواند بعد از رسیدگی و احراز وقوع صحیح و شرعی ازدواج، دستور ثبت آن را صادر کند.

۱- ماده ٦٤٥ ق.م.ا :«به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم ، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تعزیری تا یکسال محکوم می گردد»

۲- ماده ۱۲ ق.ت.د.ع.ا : « در شهرستان؛ رئیس دادگستری؛ رئیس حوزه قضائی و رئیس شعبه اول‌دادگاه بر دادگاهها ریاست اداری دارد و در مرکز استان رئیس کل دادگستری استان، رئیس‌کل دادگاههای تجدیدنظر وکیفری استان است و بر کلیه دادگاهها و دادسراها ودادگستری‌های حوزه آن استان نظارت و ریاست اداری خواهد داشت. همچنین رئیس‌دادگستری هر حوزه بر دادسرای آن حوزه نظارت و ریاست اداری دارد»

همچنین، براساس نظریه مشورتی شماره ۷/۵۰۸۲ اداره کل مزبور؛ ... با وقوع ازدواج شرعی هم رعایت آن از نظر مقررات مملکتی الزامی است، بنابراین در صورتی که زوجین بخواهند ازدواج غیررسمی خود را در دفتر رسمی ازدواج ثبت کنند، تحصیل اجازه از وزارت کشور یا مقاماتی که وزارت مزبور تعیین کرده است، ضرورت دارد؛ خواه این اجازه قبل یا بعد از وقوع ازدواج شرعی اخذ شده و جز مدارک مزبور، سایر مدارک لازم موکول به نظر مراجع مربوطه است.

۳-۵-٦- استیفاء عدد

در حقوق اسلامی تعدد زوجات به چهار زن دایمی محدود شده و استیفاء عدد از موانع ازدواج به شمار آمده است .استیفاء در لغت به معنی کامل گرفتن است و استیفاء عدد در اصطلاح فقهی آن است که مرد چهار زن دایم داشته باشد؛ در این صورت نمی تواند زن پنجمی به عقد دایمی بگیرد .همانطور که شوهر داشتن مانعی برای ازدواج زن به شمار می رود، استیفاء عدد مانعی برای ازدواج دایم مرد و موجب بطلان ازدواج مجدد است. این منع در قانون مدنی صریحاً ذکر نشده است، لیکن با توجه به حقوق اسلامی و طبق عرف و عادت مسلم که مبتنی بر آن است، در محدود بودن تعدد زوجات دایم به چهار زن نمی توان شک کرد.

بنابراین کسی که چهار زن دائم دارد، چنانچه با زن پنجم ازدواج نماید ازدواج مزبور باطل خواهد بود. در صورتی که کسی پنج زن در یک عقد به ازدواج دائم در آورد، عقد ازدواج نسبت به تمامی آنان باطل می باشد، زیرا از نظر حقوقی، عقد مزبور به اعتبار مورد منحل به پنج عقد می شود وهیچ یک از آنان بر دیگری برتری ندارد تا بتوان آن را مقدم و صحیح دانست و دیگری را باطل شناخت. بنابراین هر یک از عقود با صحت دیگری تعارض می نماید. (امامی، ۱۳۸٤، ص٤۰۹ و ٤۱۰) و نیز اگر مردی چهار زن داشته باشد و یکی از آنها را به طلاق رجعی رها کند ، تا زمانی که عده او سپری نشده است، حق ازدواج مجدد را نخواهد داشت. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص٩٤) زیرا طبق ماده ۱۱٤۸ قانون مدنی مرد در ایام عدّه رجعیه هنوز حق رجوع به زن را دارد.

تعدد زوجات در کشورهای غربی ممنوع و بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است، ولی در حقوق ایران و اکثر کشورهای اسلامی، به پیروی ار فقه اسلامی، در صورتی که از حد مقرر تجاوز نکند، پذیرفته شده است.

۳-٦- شروط ضمن عقد ازدواج

آزادی اراده به افراد اجازه می دهد که بتوانند هر تعهدی بنمایند، خواه مستقلاً یا به صورت شرط ضمن. آزادی اراده در اموال و حقوق مالی کمتر دچار محدودیت شده است، ولی در احوال شخصیه محدودیت بیشتری داراست، زیرا جامعه غیر از مجموع افراد، وجود مستقل طبیعی ندارد و حیات و بقاء جامعه منوط است که احوال شخصیه افراد آن، تابع نظم خاصی قرار گیرد و نتواند دستخوش آزادی اراده آنها باشد، مخصوصاً در امور مربوط به خانواده که سلولهای کوچکی هستند که در اثر توالد و تناسل بقاء جامعه تضمین می شود، بدین جهت است که ازدواج بین

عقود دیگر وضعیت حقوقی خاصی پیدا نموده و جنبه اجتماعی او بر جنبه فردی برتری داده شده است، لذا زوجین نمی توانند ازدواج را به اراده خود اقاله کنند. (امامی، ۱۳۸٤، ص٤٢٧)

شروط ضمن عقد همان الزام و التزام است، اساساً شرط در این معنی به تعهدی گفته می شود که در ضمن عقد گذاشته شود، به نحوی که یکی از متعاقدین انجام کار یا نتیجه عقد دیگر، یا وصف خاصی را از طرف مقابل می خواهد و او آن را می پذیرد. برای شرط معنی دیگری هم متصور است و آن شرطی است که ضمن عقد ذکر نشده است؛ اما متعاقدین عقد را بر مبنای آن انجام داده اند و اصطلاحاً به آن شرط بدوی یا ابتدایی می گویند که همان وعده دادن است. فقها در مورد وجوب وفای به عهد اختلاف نظر دارند، غالباً قائل به عدم وجوب وفا شده اند. (میرشمسی، ۱۳۸۷، ص١٦٣)

قواعد عمومی شروط ضمن عقد در قانون مدنی در مواد۲۳۲ الی ٢٤٦ بیان شده است؛ این قواعد مربوط به کلیات قراردادهاست، ولی چون شرط ضمن عقد ازدواج اهمیت ویژه ای دارد و در مواردی تابع قواعد عمومی شرط ضمن عقد نیست، جا دارد که به اختصار بحث شود.

۳-٦-۱- شروط فاسد

شروطی که فاسد و مفسد عقد است: ماده ۲۳۲ قانون مدنی می گوید: « شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱ـ شرط خلاف مقتضای عقد ۲ـ شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.»

۳-٦-۲- شرط خلاف مقتضای عقد

شرط بر خلاف مقتضای عقد ازدواج، از نظر تناقضی که بین شرط و عقد حاصل می شود هر دو باطل خواهد بود. بنابراین چنانچه در عقد ازدواج شرط شود که زوجیت حاصل نشود و یا اینکه یکی از زوجین شرط کند که تا سه روز یا کمتر و یا بیشتر حق فسخ ازدواج را داشته باشد به نظر می رسد که این شروط خلاف مصلحت ازدواج است و با مقتضای عقد علقه زوجیت بین طرفین منعقد می گردد و با این شروط آشکار می گردد که طرفین قصد تشکیل خانواده را نداشته پس شرط و عقد هر دو باطل خواهد بود. (امامی، ۱۳۸٤، ص٤٣٣)

عقد مقتضای دیگری دارد که آن را مقتضای اطلاق عقد گویند. مقتضای اطلاق عقد عبارت از اموری است که هرگاه عقد به طور مطلق (یعنی بدون قید و شرط) منعقد گردد، اقتضای آن امور را داشته باشد مانند لزوم سکونت

زن در منزلی که شوهر معین می نماید که در صورت اطلاق عقد است و الا زوجین می توانند شرط خلاف نموده و اختیار مسکن را به زن بدهند. ماده۱۱٤ قانون مدنی می گوید: « زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد.»

شرط خلاف مقتضای ذات عقد ازدواج، خواه ضمن همان عقد قرار گیرد یا ضمن عقد لازم دیگری، باطل و بلا اثر است، ولی هرگاه در عقد ازدواج ذکر گردد علاوه بر شرط عقد نیز باطل می گردد. زیرا بین آن دو تضادی است که تحقق هر یک موجب نفی دیگری است، اما چنانچه شرط مزبور ضمن عقد لازم دیگری قرار گیرد، فقط شرط باطل می باشد، زیرا عقد ازدواج موجود مستقلی است که صحیحاً منعقد گشته و شرط خلاف مقتضای آن که بعداً ضمن عقد لازم دیگری قرار داده شده، نمی تواند ازدواج صحیح را باطل نماید. (امامی، ۱۳۸٤، ص٤۳۳)

۳-٦-۳- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می گردد

شرط مزبور اگرچه در ظاهر مربوط به عقد معوض است، ولی از نظر وحدت ملاک ماده ۲۱٦ قانون مدنی در عقد غیر معوض نیز جاری می گردد، زیرا در هر عقدی مورد آن باید معلوم باشد و شرطی که موجب جهل به مورد گردد، مفسد عقد خواهد بود. در عقد ازدواج شرطی که جهل به آن موجب جهل به یکی از دو مورد می گردد عموماً جهل به مهر است که در صحت عقد ازدواج تاثیری نمی نماید، زیرا ازدواج بدون ذکر مهر و یا شرط عدم مهر منعقد می گردد. بر خلاف شرط مجهولی که در عقد منقطع واقع شود و موجب جهل به مهر گردد که مفسد عقد انقطاع خواهد بود، زیرا در ازدواج منقطع جنبه معاوضی بیشتر رعایت شده و بطلان مهر موجب فساد عقد نیز می گردد. (امامی، ۱۳۸٤، ص٤۳٤)

۳-٦-٤- شروط فاسد و غیر مفسد عقد

بر طبق ماده ۲۳۲قانون مدنی« شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱ـ شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.

۲ـ شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

۳ـ شرطی که نامشروع باشد.»

شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد

شرطی است که مشروط علیه شخصاً یا به وسیله غیر نتواند آن را انجام دهد. شرط مزبور در ضمن هر عقدی قرار گیرد چه با علم غیر مقدور بودن و چه با جهل ، باطل است.

شرطی که در آن نفع و فایده نباشد

منظور نفع و فایده عقلایی است، مانند آنکه زن بر شوهر شرط کند که پس از عقد یک کامیون بال مگس به وی تعلق گیرد، شرط مزبور هیچگونه نفع و فایده عقلایی ندارد.

شرطی که نامشروع باشد

منظور از شرط نامشروع شرطی است که قانون انجام آن را اجازه نداده است. اینگونه شروط به دو دسته تقسیم می شوند:

۱ـ اعمال کیفری، اعمالی هستند که قانون صریحاً منع نموده و برای مرتکب آن مجازات قرار داده است مانند انجام ازدواج با زن به شرط سرقت از بانک.

۲ـ اعمالی که بر خلاف قوانین آمره باشد، این دسته از قوانین، مقرراتی هستند که از نظر جنبه عمومی وضع شده است.

اینگونه قوانین ایجاد حق برای افراد نمی نمایند و بدین جهت تحت اختیار آنها قرار نگرفته تا منتفع از آن بتوانند حق خود را ساقط یا به دیگری واگذار نماید. تشخیص قوانین آمره در بعضی از موارد دشوار است و بدین جهت گاه نسبت به بعضی از موضوعات اختلاف نظراتی بین حقوقدانان پیدا می شود. (امامی، ١٣٨٤، ص٤٢٨)

شروطی که بر خلاف قوانین آمره باشند، خواه ضمن عقد ازدواج یا عقد دیگری قرار گیرند، باطل می باشند. در اینجا به ذکر بعضی از این شروط که بر خلاف قوانین آمره است اشاراتی می کنیم:

٣-٦-٥- شرط خیار

شرط خیار در ازدواج چنانچه از ماده ٣٩٩ قانون مدنی معلوم می گردد، آن است که در مدت معین برای مرد یا زن یا شخص ثالث حق فسخ ازدواج باشد. با توجه به قسمت اول ماده ١٠٦٩ قانون مدنی: « شرط خیار فسخ نسبت به عقد ازدواج باطل است » زیرا چنانچه در مباحث قبلی بیان کردیم خانواده سلول اولیه جامعه می باشد که به

وسیله توالد و تناسل بقاء آن را تضمین می نماید و فسخ ازدواج موجب انهدام آن است و از جنبه عمومی نمی توان ازدواج را دستخوش آزادی اراده زوجین قرار داد تا آنان حق انحلال آن را برای خود محفوظ دارند زیرا سستی رابطه مزبور به ضرر اجتماع و لطمه غیرقابل جبرانی نسبت به جامعه وارد می آورد. بنابراین ماده بالا تصریح می نماید شرط خیار فقط باطل می باشد و تاثیری در عقد نمی کند.

آنچه تاکنون گفته شد راجع به شرط خیار نسبت به عقد ازدواج است، ولی چنانچه قسمت دوم ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی می گوید: «...در ازدواج دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد» علت این امر آن است که مهر در ازدواج دائم شرط صحت آن نمی باشد و ازدواج دائم بدون ذکر مهر صحیح است ماده ۱۰۷۸ قانون مدنی اذعان می دارد که: « اگر در ازدواج دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد، ازدواج صحیح است و طرفین می توانند بعد از عقد مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود.»

بدین جهت هرگاه در مهر خیار فسخ قرار داده شود و مهر فسخ گردد، خللی به ازدواج وارد نمی آورد و مانند آن است که ازدواج بدون مهر منعقد شده است. مثلا چنانچه در عقد ازدواج دائم شوهر خانه معینی را مهر زوجه قرار دهد و ضمن آن شرط شود که ظرف مدت شش ماه شوهر یا زن بتواند مهر را فسخ کند، عقد و شرط صحیح است.

۳-۶-۶- شرط عدم ازدواج مجدد از طرف زوجه علیه زوج

در این باره میان فقها سه نظر وجود دارد:

۱ـ اکثر فقها گفته اند چنین شرطی از شرطهای خلاف کتاب و سنت است چون شارع به مرد اجازه داده که چهار همسر اختیار کند، پس این شرط باطل و زوج ملزم به رعایت آن نیست و اگر ازدواج مجدد نماید ازدواجش صحیح است و حقی برای زوجه به وجود نمی آید. (شهید ثانی به نقل از میرشمسی، ۱۳۸۷، ص۱۲)

۲ـ عده ای دیگر گفته اند شرط صحیح است و زوج باید پای بند باشد، اما اگر خلاف آن عمل کند و با زنی دیگر ازدواج نماید، ازدواج او باطل نیست. (موسوی خویی به نقل از میرشمسی، ۱۳۸۷، ص۱۳)

۳ـ وعده ای دیگر گفته اند چنین شرطی نه تنها صحیح است بلکه تخلف از آن موجب بطلان ازدواج مجدد می شود. دلیل این گروه این است که سائلی از حضرت علی بن موسی الرضا (ع) می پرسد مردی که در قبال همسرش تعهد می کند که هیچگاه با زن دیگری ازدواج نکند و او را هرگز طلاق ندهد، چه وظیفه ای دارد، امام می فرمایند: به او بگو باید به نفع آن زن به شرطش عمل کند، زیرا پیامبر (ص) فرمودند: «المومنون عند شروطهم». (نجفی به نقل از میرشمسی، ۱۳۸۷، ص۱۳)

اما با توجه به نظر اکثریت باید گفت که قانونگذار ما از نظر اول پیروی نموده است و آن شرط را شرط منفی می باشد و بر خلاف قوانین آمده است زیرا بنابر مستنبط از ماده ۹٤۲ قانون مدنی که بیان می دارد: « در صورت تعدد زوجات ربع یا ثمن ترکه که تعلق به زوجه دارد بین همه آنان بالسویه تقسیم می شود» و موارد دیگر در باب ازدواج، مرد می تواند زنهای متعدد داشته باشد و آن را از قوانین آمره به شمار می آورد.

۳-٦-۷- شرط نداشتن روابط زناشویی برای مدت معین یا دائمی

هرگاه هریک از زوجین در عقد ازدواج شرط کند که هیچگونه استمتاعی از یکدیگر نداشته باشند، همه فقها به اتفاق گفته اند: چنین شرطی باطل و مبطل عقد است، زیرا خلاف مقتضای ذات عقد است. اما اگر عدم یک نوع استمتاع برای همیشه یا موقت ضمن عقد شرط شود اشکالی ندارد و مشروط علیه ملزم به رعایت آن است. ناگفته نماند که ازدواج همیشه برای داشتن روابط زناشویی و توالد و تناسل نیست؛ کم نیست افرادی که بنا به مصلحتی مثلاً در سنین پیری برای رفع نیازهای عاطفی و داشتن همدم و مونس ازدواج می کنند، بنابراین صحیح نیست که غرض از ازدواج را تنها در برآوردن نیازهای جنسی خلاصه کنیم. دکتر سید حسن امامی می گوید: « این شرط در ازدواج صحیح است وی دلیل آن را اینطور بیان کرده است: روابط زناشویی از جمله حقوقی است که مربوط به زوجین می باشد و آنان می توانند هرگونه بخواهند در آن توافق کنند. شرط مزبور برخلاف مقتضای عقد ازدواج و قوانین آمره نیز نمی باشد.» (امامی، ۱۳۸٤، ص٤٤١)

به نظر می رسد حتی اگر نصی هم در این باره نباشد این شرط صحیح است، زیرا اغراض اشخاص برای ازدواج متفاوت است. گاهی برای رفع تنهایی، پرستاری و ایجاد محرمیت، ازدواج می کنند و چنین شرطی گذاشته می شود، اما شرط عدم نبود تمام بهره ها و استمتاعات جنسی، صحیح نیست زیرا خلاف مقتضای عقد است.

۳-٦-۸- شرط پرداخت مهر در مدت معین و در صورت عدم پرداخت فسخ یا بطلان ازدواج

زن بر شوهر شرط کند هرگاه مهر را تا تاریخ معینی نپردازد، زن بتواند ازدواج را فسخ کند یا ازدواج فسخ شود یا باطل باشد، زیرا انحلال ازدواج به وسیله طلاق به عمل می آید و فسخ آن فقط در موارد خیارات عیب و تدلیس، شرط و صفت است. به دستور ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی « اگر در عقد ازدواج شرط شود که در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین ازدواج باطل خواهد بود، ازدواج و مهر صحیح ولی شرط باطل است.» زیرا عقد ومهر صحیحاً واقع شده و عقد صحیح به وسیله شرط باطل نمی شود و شرط مزبور بر خلاف قوانین آمره به شمار می رود. (امامی، ۱۳۸٤، ص٤۳۱)

۳-٦-۹- شرط عدم پرداخت نفقه در ازدواج دائم

شوهر بر زن شرط کند که حق نفقه در ازدواج دائم بر او نداشته باشد. انفاق زوجه دائمه چنانچه از ماده ۱۱۰٦ قانون مدنی استنباط می شود از قوانین آمره به شمار می رود، بنابراین شرط عدم انفاق باطل می باشد و همچنین است هرگاه شرط شود که زن قسمتی از نفقه خود را بدهد.

به نظر می رسد که ضمن عقد ازدواج بتوان شرط نمود که زن نفقه شوهر را بدهد اگرچه مقدار آن را تعیین ننماید، زیرا شرط مزبور امری خارج از ازدواج و از هیچ یک از شروط باطله نمی باشد و مانند آن است که زن شرط کند مالی از خود به شوهر بدهد. (امامی، ۱۳۸٤، ص٤۳۲)

۳-٦-۱۰- شرط عدم ریاست مرد بر خانواده

ریاست شوهر در مسایلی که مربوط به اداره خانواده است، هم شرعی است و هم قانونی. بر اساس قانون مدنی ایران، پس از انعقاد قرارداد ازدواج هریک از زوجین حقوق و تکالیفی در مقابل یکدیگر پیدا خواهند کرد، که در این راستا در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی آمده است که « ریاست خانواده از خصایص شوهر است ».

این امر به صراحت در آیه ۳٤ سوره نساء مورد اشاره قرار گرفته است که بیان می دارد: (مردان سرپرست زنانند به دلیل آنکه خدا برخی از ایشان را بر برخی برتری داده و به دلیل آنکه از اموالشان خرج می‌کنند پس زنان درستکار فرمانبردارند)[1] باید توجه داشت که این برتری جنس مرد بر زن در ریاست و اداره خانواده، از حیث

انسانی و اجتماعی او نیست، بلکه بر اساس مصلحت اجتماعی و از باب خاصیتهای طبیعی و فطری زن و مرد است. قرآن کریم و قانونگذار هیچ نقشی در جنسیت، در برتری و کرامت انسانی قائل نشده است.
در مواردی از این قبیل قانون به دلیل اهمیت مصلحت مورد نظر قانونگذار، اراده اشخاص را نادیده گرفته است و جنبه امری یافته و این امر را جهت حفظ صلاح و مصلحت خانواده و اعضای آن و این امر را جزء دسته اموری که مربوط به نظم عمومی است قرار داده است.

نتیجه مهمی که از این بحث به دست می آید این است که مسئولیت، مدیریت و ریاست بر خانواده به لحاظ جنبه امری و تکلیفی قابل اسقاط یا واگذاری نیست. دکتر کاتوزیان در این راستا برخی بر این باورند که: « ریاست خانواده حق مرد نیست تا بتواند به اختیار از آن بگذرد. خانواده سازمان حفوقی است که در آن روابط زن و شوهر به طور امری معین شده و اشخاص نمی توانند به وسیله قراردادهای خصوصی نظمی را که قانونگذار برای اداره درست آن ضروری دیده برهم زنند. قواعد ناظر به ریاست مرد از قواعد مربوط به نظم عمومی است و جز در مواردی که فانون اجازه داده است، نمی توان به آنها تجاوز کرد.(کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص١٦٦)

۳-٦-۱۱- شرط عدم اشتغال زن

مطابق قانون، زوج حق منع اشتغال همسر را به‌طور مطلق ندارد. از ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی. چنین بر می‌آید که زوج فقط می‌تواند از اشتغال همسر به مشاغل خاص به دلیل تنافی با مصالح خانواده یا حیثیات زوجین جلوگیری نماید. زیرا در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی. آمده: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند».

بنابراین حق زوج فقط در مخالفت با بعضی حرفه‌ها و صنایع بوده و مطلق اشتغال نمی‌باشد. در غیر این صورت باید بیان می‌شد: «اگر اشتغال زوجه با مصالح خانواده یا حیثیات زوجین منافات داشته باشد، شوهر می‌تواند مانع شود». بدین ترتیب، اگر شوهر با شغل زن به دلیل مذکور مخالفت نماید،

زن باید شغل خود را تغییر دهد و شغلی را برگزیند که با مصالح خانواده و حیثیات زوجین سازگار باشد. لذا، شوهر می‌تواند با «شغل» زن مخالفت نماید، اما با «اشتغال» وی نمی‌تواند مخالفت نماید. به علاوه به موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی: «هیچ‌کس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». حال چگونه می‌توان پذیرفت که سلب حق اشتغال زوجه از آثار عقد ازدواج باشد؟

مخالفت زوج با شغل زوجه : مطابق آنچه در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی. ذکر شد، زوج با دو شرط «مغایرت شغل با مصالح خانواده» و «تنافی شغل با حیثیات زوجین» می‌تواند با شغل همسر مخالفت نماید.

مغایرت شغل زوجه با مصالح خانواده: ضابطه روشنی در این که چه شغلی با مصالح خانواده منافات دارد، در قانون نمی‌باشد. با این حال، امور ذیل می‌تواند ضابطه و معیار ناسازگاری شغل زن با مصالح خانواده باشد:

سستی بنیان خانواده؛ مطابق ماده ۱۱۰٤ قانون مدنی. «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیب اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند». بنابراین تشیید و تحکیم مبانی خانواده وظیفه مشترک زوجین است؛ حال اگر شغلی که زن انتخاب کرده، به دلایلی موجب سستی بنیان خانواده باشد، زوج می تواند با آن مخالفت نماید.

اختلال در تربیت فرزندان؛ مطابق ماده ۱۱٦۸ قانون مدنی: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است». حال اگر شغل زن مانع از انجام وظایفی که قانون در قبال فرزندان بر عهده وی گذاشته، باشد؛ زوج می‌تواند مانع اشتغال زن شود.

تنافی شغل زوجه با حیثیات زوجین: همچنین در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی. آمده: «منافات داشتن شغل زوجه با حیثیات خود یا شوهر». ممکن است فردی با نگاه مادی محض و بدون لحاظ موقعیت اجتماعی خود یا همسر، شغلی را برگزیند. در این صورت مرد حق دارد با آن مخالفت نماید. نمی‌توان بین حیثیت مرد و زن تفاوت قایل شد. زیرا پس از ازدواج، بین منافع زن و شوهر و نیز آبرو و حیثیت آنان پیوند ناگسستنی برقرار می‌شود. بنابراین زن نمی‌تواند به این دلیل که شغلش تنها با حیثیت وی مغایرت دارد و هر کسی حق دارد، راجع به خود تصمیم بگیرد، به مخالفت شوهرش بی‌اعتنا باشد.

البته بین مغایرت شغل با مصالح خانواده یا حیثیات زوجین با غیرشرعی بودن همان شغل هیچ ملازمه‌ای وجود ندارد. به بیان دیگر، ممکن است شغلی مشروع باشد، در عین حال با مصالح خانواده یا حیثیات زوجین ناسازگار باشد. مانند این که همسر یک استاد دانشگاه یا یک عالم دینی، منشی اداره‌ای باشد یا شوهر یک خانم با تحصیلات عالیه، شغل دستفروشی را برگزیند. این قبیل مشاغل با وجود این که مشروع هستند، ولی عرفاً می‌تواند منافی حیثیات زوجین تلقی شود. همچنین، حضور زن در فعالیت‌های اجتماعی مشروع است، ولی احتمال دارد در امر تربیت فرزندان اختلال ایجاد شود و در نتیجه مغایر مصالح خانواده باشد. (هدایت نیا، ۱۳۸۵، ص۲۳)

ضابطه تشخیص: برای تشخیص منافات داشتن شغل زن با مصالح خانواده یا حیثیات زوجین معیار ثابتی وجود ندارد و نمی‌توان چارچوب معینی را بیان نمود. معیارهای ذکر شده، نسبت به همه عرف‌ها و اشخاص یکسان

نیست و اخلاق عمومی و وضع خاص هر خانواده در این داوری موثر است. به همین دلیل ذکر مصداق ممکن نبوده و به مصلحت نمی‌باشد. مرجع تشخیص مغایرت شغل زن با مصالح خانواده و حیثیات زوجین دادگاه است؛ دادگاه نیز باید با توجه به اخلاق حسنه، عادات و رسوم جامعه و ویژگی‌های فردی و اجتماعی زوجین، تشخیص می‌دهد که آیا شغل زن با مصالح خانواده مخالفت دارد؟ (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص۱۷۰)

در ادامه زکر این مطلب قابل توجه است که طبق ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده زن هم می تواند چنین درخواستی را از دادگاه بنماید. این ماده مقرر می دارد: « شوهر می‌تواند با تأیید دادگاه، زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت خود یا زن باشد منع کند. زن نیز می‌تواند از دادگاه چنین تقاضایی را بنماید. دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می‌کند». شرایط و مواردی که زن می تواند با شغل همسر مخالفت نماید، همان است که در بحث حق زوج در مخالفت با شغل زوجه بیان گردید و از این جهت تفاوتی وجود ندارد؛ البته در این مورد از جهت دیگری تفاوت وجود دارد که بیان خواهد شد.

عدم اختلال در معیشت: اگر زنی با شغل همسرش مخالفت نماید، دادگاه در صورتی به درخواست زوجه ترتیب اثر می‌دهد و حکم به ممنوعیت اشتغال زوج به مشاغل خاص می دهد که اختلالی در معیشت خانواده ایجاد نشود. به همین دلیل در ادامه این ماده آمده: «... دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می کند». مبنای حکم این است که زوج مسئول تأمین معاش خانواده است، در حالی که زوجه چنین مسئولیتی ندارد. بنابراین ماده ۱۱۱۷ ق.م. که فقط به حق زوج در مخالفت با شغل همسر اشاره نموده و متعرض حق زوجه نشده، ناقص می‌باشد و بهتر است حکم اضافی ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی نیز درج گـردد.

این سئوال مطرح می‌شود که اگر زوجه افراد واجب النفقه داشته باشد و منع وی از شغل با درخواست زوج و حکم دادگاه باعث اختلال در معیشت آنان گردد. مانند موردی که زوجه از همسر سابق خود فرزندی دارد و تأمین نفقه وی شرعاً و قانوناً بر عهده مادر است یا زمانی که زن نفقه پدر و مادرش را می پردازد؛ در چنین شرایطی زوج با شغل همسرش مخالفت نماید و دادگاه نیز با درخواست وی موافقت نماید، بی گمان در امر معیشت فرزند یا والدین اختلال ایجاد می شود. بدین ترتیب، لازم است که شرط مذکور در ماده ۱۱۱۷ ق.م – در مورد نهی زوجه از شغل– نیز ذکر گردد.

۳-٦-۱۲- شرط دادن حق طلاق به زن

قانون حق طلاق زن را به شوهر داده و این امر از قوانین آمره می باشد و از حقوق مالی به شمار نمی رود که شوهر بتواند آن را به زن انتقال دهد. ولی چنانچه شرح آن خواهد آمد ضمن عقد ازدواج و عقد لازم دیگری می توان شرط نمود که زن از طرف شوهر وکیل باشد که در موارد معینه یا در مدت معین بتواند خود را طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که می گوید: « مرد می تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد » حق طلاق را منحصراً به مرد می دهد. در این صورت زن به نمایندگی از شوهر، خود را طلاق می دهد. (امامی، ۱۳۸٤، ص٤۳۲)

بدین ترتیب اگر پذیرفته شود که انتخاب شرطی که اجرای طلاق منوط به تحقق آن شده در اختیار طرفین است، منطق حکم می کند که دادن وکالت به طور مطلق نیز جایز باشد. زیرا فرض این است که در انتخاب شرط، دو طرف هیچ محدودیتی ندارند و می توانند آن را تا هر اندازه بخواهند گسترش دهند و برای مثال اجرای وکالت را موکول به احساس بی میلی و تنفر یا گذشتن مدت معین سازند، اموری که نیاز به اثبات در دادگاه ندارد. تفاوت اینگونه وکالت های مشروط با مطلق تنها جنبه نظری دارد و باید آنها را تابع یک حکم قرار داد. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، صص ۱۹۲ و ۱۹۳)

فصل چهارم
جایگاه نظم عمومی در انحلال ازدواج

مقدمه

حساسیت مباحث خانواده در هر دو بعد تحکیم و انحلال، ایجاب می کند که تمامی امور حقوقی مربوط به ازدواج و طلاق به طور اختصاصی با دقت نظر و وسواس بیشتری مورد بررسی قرار گیرد؛ زیرا از رهگذر همین کنکاش ها است که ابهامات موجود در زمینه مباحث حساس خانواده بر طرف می گردد و در اثر همین دقت نظر ها است که می توان موارد سکوت قانون را در مباحث حقوقی تبیین نمود.

هرگاه عقدی بر اثر امری زایل شود، به این زوال عقد انحلال می گویند. از آن جایی که انحلال یکی از آثار عقد صحیح است لذا، گاهی از موارد در تمایز بین انحلال و بطلان عقد ابهام واقع می گردد.

در مواردی که بطلان ازدواج اعلام می شود، حکم بطلان نشان می دهد که به دلیل فقدان یکی از شرایط اساسی یا وجود یکی از موانع ازدواج، هیچ رابطه حقوقی ایجاد نشده است و بر آنچه به ظاهر واقع شده اثری بار نیست. زیرا، عقد باطل در نظر قانون وجود خارجی ندارد و مانند این است که هیچ پیمانی بین زن و مرد امضاء نشده است. ولی انحلال ازدواج در مواردی است که عقد با تمام شرایط لازم به طور صحیح وجود می آید و آثار ازدواج را به جا می گذارد و پس از مدتی منحل می شود. در این فرض رابطه زن و شوهر در دورانی که با هم به سر برده اند مشروع است و فرزندانشان نسب درست دارند.

٤-١- فسخ

فسخ یک عمل حقوقی است که نیاز به قصد انشاء دارد و امور انشایی همانند امور واقعی از زمان وجود دارای آثار می باشد و آنچه که فسخ را از اقاله جدا می کند، این است که در تحقق فسخ قصد یک طرف کفایت می کند و قصد دو طرف لازم نیست؛ در حقیقت فسخ در شمار ایقاعات است. هر چند که قانون مدنی تعریفی برای فسخ نیاورده است، اما شاید بتوان، این طور تعریف کرد که؛ فسخ یعنی پایان دادن به زندگی یک قرارداد به وسیله یکی از طرفین یا هردو و یا شخص دیگر.

فسخ ازدواج تشریفات ویژه ای ندارد؛ رجوع به دادگاه لازم نیست و با تصمیم صاحب حق واقع می شود. منتها باید دانست که اراده باطنی، تا زمانی که به وسیله ای اعلام نشده است، هیچ اثری در انحلال ازدواج ندارد؛ چنانچه

ماده ٤٤٩ق.م اعلام می دارد: « فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می شود. » (کاتوزیان، ١٣٨٤، ص٤٠٠)

نکته ای که قابل توجه در این مبحث است، این مورد می تواند باشد که حکم انحلال ازدواج جنبه اعلامی دارد یا تأسیسی؟

شیخ انصاری به صراحت زمان تأثیر فسخ را از حین تشکیل شدن یک عقد می داند. و در مورد وضعیت عقد پس از فسخ چنین می گوید:« مقتضای فسخ عقد هرچند که انحلال عقد سابق است و عقد را کان لم یکن قرار می دهد اما به وسیله آن ملکیت سابق بر فسخ از بین نمی رود، زیرا باید به زمان حدوث فسخ توجه کرد، نه به زمان متعلق آن » (محقق داماد، ١٣٨٣، ص٩٠)

در نهایت باید گفت که اثر فسخ از زمان تشکیل یک عقد است و اثر قهقرایی ندارد. قوانین مربوط به فسخ ازدواج جزء قوانین امری هستند، لذا باید گفت که انجام عمل خلاف قوانین مربوط به فسخ ازدواج متعارض با نظم عمومی و اخلاق اجتماعی خواهد بود. با این توضیح به ذکر مواردی که قانونگذار در فسخ ازدواج بیان داشته اکتفاء کرده و به ذکر این امور می پردازیم.

٤-٢- موجبات فسخ ازدواج

ازدواج دارای قواعد ویژه ای است که با احکام و خیارات در معاملات و قراردادهای مالی یکسان نیست، پاره ای از عیوب در مرد یا زن، تدلیس و تخلف از شرط صفت از موجبات فسخ به شمار آمده است.

٤-٢-١- خیار عیب

مطابق قواعد عمومی معاملات: « تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت می باشد و بنابراین ممکن است بر حسب ازمنه و امکنه مختلف شود » (ماده ٤٢٦ ق.م) ولی می دانیم که تشخیص عرف به آسانی امکان ندارد و قواعد عرفی نیز مانند قانون روشن و منسجم نیستند. بیشتر این موارد جنبه محلی دارند و رسوم و سلیقه هر گروه در چگونگی آن موثر است. استحکام و سلامت خانواده از امور مربوط به نظم عمومی است و قانونگذار باید آن را حفظ کند. پس نمی توان موارد فسخ ازدواج را به داوری عرف واگذار کرد. بنابر همین مصلحت، قانون مدنی

عیوب زن و مرد را با دقت معین کرده است و سایر عیوب عرفی را نباید با آنها قیاس کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص۲۰۲)

٤-۲-۲- عیوب مرد

به موجب ماده ۱۱۲۲ق.م « عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود:

۱- خصاء

۲- عنن، به شرط اینکه ولو یکبار عمل زناشویی انجام نداده باشد.

۳- مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.»

خصاء: به کسر خاء عبارت است از اخته بودن مرد از طریق دخل و تصرف و عملیات مادی در بیضه او (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۲٦۲) خصاء در صورتی برای زن حق فسخ ایجاد می کند که پیش از ازدواج حادث شده و زن نیز جاهل به آن باشد، هرچند که مانع از ایفای وظیفه زناشویی نباشد. (نراقی، ۱۳۸۸، ص۹۷۱)

عنن: بیماری است در مرد که قوه نشر آلت تناسلی مرد را تا حدی ضعیف می کند که مانع نزدیکی می شود(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص٤۷۷) در صورتی که مرد در هنگام عقد به این بیماری مبتلا بوده زن نیز جاهل به آن باشد یا اگر این عارضه در دوران زناشویی دامنگیر او شود، زن می تواند ازدواج را فسخ کند. (نراقی، ۱۳۸۸، ص۹۷۲)

مقطوع بودن آلت تناسلی: اگر این عیب بعد از ازدواج حادث شود یا زن با دانستن این عیب به ازدواج او راضی شود، یا عیب مرد مانع از نزدیکی نباشد، زن حق فسخ ازدواج را ندارد. (نراقی،۱۳۸۸،ص۹۷۲)

٤-۲-۳- عیوب زن

مطابق ماده ۱۱۲۳ق.م« عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود:

۱- قرن

۲- جذام

۳- برص

٤- افضاء

۵- زمین گیری

۶- نابینایی از هر دو چشم »

با استنباط از مواد ۱۱۲۴و ۱۱۲۶ق.م باید گفت که این عیوب در صورتی برای مرد حق فسخ ایجاد می کند که هنگام عقد موجود باشد و مرد بدون توجه به آنها با زن ازدواج کرده باشد.

قرن استخوان یا گوشت زایدی است که در رحم زن مانع از نزدیکی با او شود. جذام مرضی است ساری که در زبان عامیانه خوره نامیده می شود. برص پیسی است. افضاء یکی شدن مجرای بول و حیض است.

حق فسخ برای جلوگیری از ضرر مرد است. پس اگر به وسیله عمل جراحی یا به وسایل درمانی دیگر این عیب ازبین برود، حق فسخ نیز مبنای حقوقی خود را از دست می دهد و ساقط می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص۲۰۴)

۴-۲-۴- جنون زن و مرد

در تعریف جنون می توان اینگونه بیان کرد که شخص در اثر اختلال عقل، کارهای روزانه اش را نتواند انجام دهد و نیز کارهای بیهوده ای انجام دهد. جنون از عیوبی است که اگر در هریک از زن و مرد باشد برای طرف دیگر حق فسخ ایجاد می کند. در این راستا قانون مدنی در ماده ۱۱۲۱ بیان داشته است که « جنون هریک از زوجین به شرط استقرار، اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد می کند.»

بر طبق این تعریف جنون بر دو قسم دائمی و ادواری است و نیز اگر شخصی پس از اختلال عقل درمان شود، حق فسخ برای همسرش به وجود نمی آید و نیز همچنین باید گفت که اگر جنون عارضه ای زودگذر باشد برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد نمی کند زیرا شرط استقرار جنون در ماده ذکر شده است.

نکته ای دیگر که در بحث حائز اهمیت است، اگر جنون مرد پس از عقد ایجاد شود، زن حق فسخ دارد، اما برعکس برای مرد حق فسخی نیست. این امر در ماده ۱۱۲۵ق.م مورد توجه قرار گرفته است و نیز در توجیه این تفاوت باید گفت مرد می تواند با طلاق، از خود دفع ضرر کند اما زن به جز فسخ نمی تواند از خود ضرر را رفع نماید.

حال سوالی که مطرح می شود این است که بروز امراضی نظیر ایدز، هپاتیت و مانند آن که هم بسیار خطرناکند و هم مسری وهم راه قطعی درمان برای آن ها تا کنون یافت نشده است گسترش این نوع بیماری ها این سوال را مطرح نموده است؛ آیا امراض خطرناک مذکور را می‌توان از عیوب فسخ نکاح قرار داد یا خیر؟

ممکن است گفته شود: مصلحت خانواده اقتضا می کند که لیست عیوب موجب فسخ، همچنان بسته بماند و موجبات فسخ ازدواج حصری باشد تا هر عیبی نهاد خانواده را متزلزل نسازد، شمارش عیوب در روایات و متون قانونی اشاره به این معنا دارد و نیز اخلاق اجتماعی جامعه اجازه نمی دهد که هر مورد کوچکی را در قالب عیوب ازدواج قرار دهیم. اما باز هم براین مطلب اصرار داریم، زوجه در این موارد حق فسخ دارد. اگر عیب های ذکر شده را در ردیف عیوب یاد شده نیاوریم، ممکن است عنوان‌هایی نظیر تدلیس و تخلف از شرط صفت برآن شامل گردد به خصوص که امراض لاعلاج پیش از عقد وجود داشته باشد و زوج آن را پنهان نگهدارد و زوجه را از آن آگاه نسازد.

٤-٣- تدلیس و تخلف از شرط صفت

این مبحث نشأت گرفته از ماده ١١٢٨ق.م می باشد که بیان می دارد: « هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود طرف مذکور فاقد وصف مورد نظر بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.»

٤-٣-١- تدلیس

تدلیس از منظر قانون در ماده ٤٣٨ق.م مورد تعریف قرار گرفته است: «عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود» از دیدگاه دکتر امامی عملیات فریبنده بر دو قسم است: مثبت و منفی

عمل مثبت: عمل مثبت ممکن است الفاظ و یا نوشته باشد، مانند توصیف کردن زن یا مردی به سلامتی مزاج و ... و نیز عمل مثبت ممکن است از امور مادی باشد، چنانچه دختری سرش طاس است و به وسیله کلاه گیسی موهای انبوهی را در خود بنمایاند.

عمل منفی: عمل منفی و یا ترک عمل در موردی می تواند موجب تدلیس گردد که به جهتی از جهات، شخص مکلف به انجام آن بوده است. مانند اینکه شخصی از دیگری که مورد اطمینان اوست در ازدواج با مرد یا زنی مشورت کند و آن کس با علم به عیوب او ازدواجش را صلاح بداند، بدون آنکه از عیوب ذکری کند. (امامی، ١٣٨٤، صص ٥٣٩ و ٥٤٠)

در قانون مدنی ماده ای صراحتاً به نام خیار تدلیس که حق انحلال ازدواج را به یکی از زوجین بدهد موجود نیست، ولی این امر به سادگی از عبارت «عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد » مذکور در ماده ۱۱۲۸قانون مدنی استنباط می شود.

٤-۳-۲- تخلف از شرط صفت

اگر وصفی در ضمن عقد شرط شود یا عقد مبتنی بر صفتی واقع شود و پس از عقد معلوم گردد که مشروط علیه در حین عقد فاقد صفت مزبور بوده است، مشروط له می تواند به استناد تخلف شرط، عقد را فسخ کند. برای مثال ، مردی دختری را که به دبیرستان می رود را خواستگاری می کند، در گفتگوهای مقدماتی از باکره بودن دختر سخنی گفته نمی شود، زیرا ظاهر او از وجود این وصف حکایت می کند و شرط دوشیزه بودن دختر از نظر اخلاقی پسندیده نیست. حال اگر پس از عقد معلوم شود که زن قبلاً شوهر کرده و فرزند هم دارد، ولی اکنون خود را به چهره دوشیزگان در آورده است و به دبیرستان می رود، مرد حق فسخ ازدواج را دارد. بنابر این معیار تشخیص صفاتی که عقد بر مبنای آنها واقع شده ، اراده دو طرف است. باید احراز شود که به شرط وجود آن وصف ازدواج کرده اند، خواه وسیله بروز این اراده گفتگوهای آنان باشد یا سکوت در برابر داوری عرف. (کاتوزیان، ١٣٨٤، ص٢١٢)

٤-۳-۳- تأثیر فسخ در شروط ضمن عقد ازدواج

ابتدا لازم است برای تمییز عقد نکاح باعقود دیگر اندکی به ویژگی آن بپردازیم، در اینکه نکاح عقدی غیر معاوضی است یا خیر ؟ صا حب نظران اختلاف نظردارند. رد پای این اختلاف درمباحث مربوط به مهریه مشهود است.

نسبت به مهریه دو دیدگاه وجود دارد که این دو در میان فقهای متاخر و معاصر و حقوقدانان طرفدارانی دارند .عده ای از جمله علامه حلی مهریه را به منزله عوض در معاملات عادی می دانند و برای نکاح جنبه خاصی درنظر نگرفته و معتقدند که به اعتبار رابطه زناشویی بین زوجین، مانند عقود معاوضی است .

گروهی بر این باورند که مهریه در نکاح به منزله عوض در معاملات عادی نیست . به همین جهت می تواند اصولاً ذکر نشود و پس از عقد، زوجین بر امری توافق نمایند .، و یا پس از مباشرت مهر المثل بر عهده زوجین قرار گیرد. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص۹۳)

این مطلب موضو ع ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی است و الزام به تملیک مهریه ناشی ازحکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد و به همین دلیل سکوت دو طرف در عقد و حتی توافق براینکه زن مستحق مهر نباشد نمی تواند تکلیف مرد را در این زمینه از بین ببرد، و مهریه گاهی آن قدر ناچیز است که اطلاق عقد معوض درست به نظر نمی رسد این دو نظریه پیامدهایی دارد که به چند مورد آن اشاره می کنیم:

قبول مهریه توسط شخص ثالث- برخی از فقها از جمله نجفی با مقایسه نکاح با معاملاتی نظیر بیع، معتقدند بضع در تملک اعتباری زوج قرار می گیرد و مهریه که عوض بضع است، باید از ملکیت شوهر خارج شود نه شخص دیگر اما گروه قابل توجهی از فقها از قبیل علامه حلی و کاتوزیان بر این باورند که قیاس نکاح به بیع غیر موجه است و مهریه درمقابل بضع قرار نمی گیرد ،و مانعی نداردکه مهریه راشخص ثالثی غیر از زوج بعهده گیرد، و همچنین هنگامی که فردی زنی را با مال دیگری فضولتاً برای خود عقد کرده است صاحب جواهر می گوید این عقد فاسد است و باید مثل موارد دیگرحکم به مهرالمثل بدهیم.

عده ای دیگر از فقیهان این نظریه را در عقود دیگر وفق ماده ۱۹۷ قانون مدنی قابل قبول می دانند که هر طرف که معوض می رود عوض هم باید برود و این در معاوضات حقیقی صحیح است و خاصیت عقد نکاح بر معاوضه منطبق نیست. پس شخص دیگری غیر از زوج می تواند مهر را بدهد و اجازه صاحب مال، مال را از مالکیت وی خارج و تبدیل به مهریه می سازد. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص۹٤)

معاوضی نبودن ضمان شوهر ،درصورت تلف وعیب مهر- تا زمانی که شوهر مهریه رابه همسرش تسلیم نکرده ضامن است. در اینکه این ضمان معاوضی است یا ضمان ید، بین فقهای عامه و امامیه اختلاف است. مشهور فقهای امامیه ضمن بیان نظریه فقهای عامه، ضمان زوج را از نوع ضمان ید می دانند، نه ضمان معاوضی. شیخ طوسی دلیل امامیه را چنین بیان می کند هر عینی را باید به مالک آن تسلیم نمود و در صورتی که تلف شد در حالی که سبب استحقاق مالک همچنان باقی است، بایستی بدل آن را پرداخت. مانند غصب و عاریه البته براساس نظریه ای که ضمان عاریه را پذیرفته است. (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص۹٤)

٤-٤- طلاق

طلاق از نظر اسلام و حقوق ایران پدیده ای ناپسند و مذموم است که تا حد امکان باید از آن پرهیز کرد و نیز انجام طلاق تابع تشریفات و شرایط خاصی است که این امر حاکی از سخت گیری اسلام و حقوق اسلامی در انجام این امر است.

اسلام بیش از هر آیینی برای حفظ خانواده ها از تزلزل، اهمیت فوق العاده قایل شده است و راهکارهای مختلفی برای جلوگیری از توسعه آن پیشنهاد کرده است. اسلام به مرد ها توصیه می کند، حتی المقدور با همسران خود سازش کنند و در برابر برخی تندی ها و ناملایمت هایی که ممکن است ایجاد شود، بردباری نشان دهند و به اصطلاح زود از کوره بیرون نروند و طریق جدایی و طلاق را به سرعت انتخاب ننمایند. چنانچه خداوند در قرآن مجید می‌فرماید: (ای اهل ایمان، برای شما حلال نیست که زنان را به اکراه و جبر به میراث گیرید (مانند جاهلیّت)، و بر آنان سخت گیری و بهانه جویی مکنید که قسمتی از آنچه مهر آنها کرده اید به جور بگیرید ، مگر آنکه عمل زشتی از آنها آشکار شود. و در زندگانی به آنها به انصاف رفتار نمایید ، و چنانچه دلپسند شما نباشند (اظهار کراهت مکنید) چه بسا چیزها ناپسند شماست و حال آنکه خدا در آن خیر بسیار مقدّر فرماید.) (سوره نسا آیه ١٩)

با این حال بسیاری از افراد اقدام به طلاق می کنند، این امر از دیدگاه حقوقی این چنین تعریف می شود که « طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن شوهر به اذن یا حکم دادگاه همسر دائمی خود را رها می سازد.» (کاتوزیان ، ١٣٨٤، ص ٢٢٠)

بر اساس این تعریف، طلاق عمل حقوقی است یک طرفه که تنها به اراده مرد یا نماینده او واقع می شود. البته منظور از این عبارت این نیست که زن هرگز نمی تواند درخواست طلاق کند، بلکه زن می تواند با شرایطی معین اجبار مرد را به طلاق درخواست کند و دادگاه در چنین مواردی حکم به طلاق دهد.

اما نکته این است که در این مورد هم این مرد است که باید صیغه طلاق را بگوید و آن را واقع سازد و اگر مرد حکم دادگاه مبنی بر طلاق را اجرا نکند، دادگاه مطابق اصول کلی به واسطه نمایندگی قانونی از طرف مرد، زن را طلاق می دهد.

در اینجا باید خاطرنشان کرد که مبحث طلاق کاملاً مرتبط با مفاهیم و مصادیق نظم عمومی است و لذا افراد نمی توانند خدشه ای در این راستا به طلاق و نکات مندرج آن وارد آورند و بر خلاف آن تراضی نمایند.

٤-٤-١- طلاق با اراده مرد

بر اساس فقه اسلامی مرد هروقت که بخواهد، می تواند زن خود را طلاق دهد . این امر در قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۳۳ مورد اشاره قرار گرفته است:« مرد می تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد ».

یکی از مباحث چالش برانگیز احوال شخصیه که فقها و حقوقدانان را با آن همواره مواجه کرده است این سوال است که چرا اسلام و حقوق ایران اختیار از هم گسیختن نظام خانواده را به دست مرد داده است؟ آیا با عدالت سازگار است که هرگاه مرد اراده کند بنیان این نهادرا براندازد و زن را آواره و فرزندان را از نعمت کانون مهر و عاطفه محروم سازد و آسیبهای جبران ناپذیری را متوجه نهاد خانواده و جامعه نماید؟

شاید بتوان در توجیه این امر که چرا طلاق به دست مرد سپرده شده است گفت که؛ زنان اغلب حساس تر و زود رنج ترند. مرحوم مطهری در این زمینه می گوید: «هرزمان که شعله محبت و علاقهٔ مرد خاموش شود ازدواج از نظر طبیعی مرده است.» بی‌علاقگی مرد، سردی و بی‌علاقگی زن را در پی دارد.

برخلاف زن که بی‌علاقگی زن اگر از او شروع شود تأثیری در علاقهٔ مرد ندارد، بلکه احیاناً آن را تیزتر می‌کند. از این‌رو بی‌علاقگی مرد منجر به بی‌علاقگی طرفین می‌شود، ولی بی‌علاقگی زن منجر به بی‌علاقگی طرفین نمی‌شود. به هر حال تفاوت زن و مرد در این است که مرد به شخص زن نیازمند است و زن به قلب مرد» (مطهری، ۱۳۹۰، ص٢٦٢)

گاهی مرد از این حق سوء استفده می کند و بدون دلیل موجه و به صورت ناجوانمردانه زن را طلاق می دهد و گاهی هم بر عکس زن را نه طلاق می دهد و نه با او حسن معاشرت می نماید.

٤-٤-٢- ارجاع به داوری

با توجه به اهمیت حفظ بنیان خانواده و اهتمام شرع مقدس اسلام به حفظ آن ، قرآن کریم در زمان بروز اختلاف و نزاع بین زوجین می فرماید: (و چنانچه بیم آن دارید که نزاع سخت بین آنها پدید آید ، از طرف کسان مرد و کسان زن داوری برگزینید ، که اگر مقصود اصلاح داشته باشند خدا میان ایشان موافقت و سازگاری برقرار کند ، که خدا دانا و آگاه است.) (سوره نساء آیه ۳۵)

ارجاع امر طلاق به داوری در مواد ۲۷ و ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ نیز مورد توجه قرار گرفته است. در این راستا ماده ۲۷ مقرر می دارد: «در کلیه موارد درخواست طلاق، به جز طلاق توافقی، دادگاه باید

به منظور ایجاد صلح و سازش، موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند»

در ماده ۲۸ نیز آمده است: «پس از صدور قرار ارجاع امر به داوری، هریک از زوجین مکلفند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ، یک نفر از اقارب متأهل خود را که حداقل سی سال داشته و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشد به عنوان داور به دادگاه معرفی کنند»

با این توضیح در صورت طرح دعوای طلاق از طرف زوجین یا یکی از آنها، دادگاه نمی تواند در بدو امر، نسبت به ارجاع طرفین به داور اقدام کند، بلکه ابتدا باید خود تلاشش را برای حل و فصل اختلاف به کار گیرد. اگر دادگاه در حصول نتیجه ناکام ماند و اختلافات با مداخلهٔ مستقیم برطرف نگردید، رسیدگی به دعوا از طریق ارجاع امر به داوری ادامه پیدا می کند. پس داوران در طلاق، قائم مقام دادگاهند و زمانی در دعوا مداخله می کنند که دادگاه در رفع اختلاف به بن بست رسیده باشد.

با این حال سوالی مطرح می شود که میزان اعتبار نظریه داوران و التزام یا عدم التزام دادگاه به این نظریه در قانون مشخص نشده است؛ به عبارت دیگر مشخص نیست که آیا دادگاه ملزم به پذیرش نظریه دوران مبنی، بر امکان ادامه زندگی است؟

در پاسخ باید گفت که آنچه از مواد قانون حمایت خانواده استنباط می شود، هدف از ارجاع دعوی طلاق به داور، صرفاً ایجاد صلح و سازش است و نظر داوران تکلیفی برای دادگاه به در نظر گرفتن آن برای صدور حکم ندارد. اما اینکه بگوییم که دادگاه کلاً بدون ارجاع امر طلاق به داوری مبادرت به صدور حکم طلاق نماید، بر خلاف قوانین است. زیرا این دسته از قوانین امری هستند و خلاف این امور ممکن نخواهد بود.

٤-٤-٣- لزوم دخالت دادگاه و اجازه دادگاه

دخالت دادگاه در رسیدگی به اختلاف زوجین و صدور اجازهٔ طلاق نیز قطعاً از سوء استفاده مرد از حق طلاق خواهد کاست. دادگاه پس از سعی در سازش و رفع اختلاف و استیفای حقوق زوجه، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند. ماهیت حکم دادگاه جنبهٔ اعلامی دارد نه اثباتی. به این معنا که گواهی دادگاه حق طلاق را به مرد نمی‌دهد، بلکه حق مرد را بر دادن طلاق احراز می‌کند.

بنابراین محاکم به‌عنوان نمایندگی از اجتماع می‌توانند متصدیان دفاتر طلاق را از اقدام به طلاق تا وقتی که داوران عدم موفقیت خود را در ایجاد سازش میان زوجین به اطلاع آنان نرسانده است، منع کند. محاکم کوشش خود را در ایجاد صلح و سازش زوجین به عمل می‌آورند و فقط هنگامی که بر محکمه ثابت شد، امکان صلح و سازش میان زوجین نیست، گواهی عدم امکان سازش صادر و به اطلاع صاحبان دفاتر می‌رساند. بنابراین مراجعه به دادگاه و گرفتن اجازه طلاق پس از طی تشریفات داوری در کاستن از طلاق‌های ظالمانه مردان مؤثر است.

در این زمینه کاتوزیان بیان می دارد که « طلاقی که بدون اذن انجام شود ممنوع است و سردفتران نیز ، از بیم مجازات ، طلاق را ثبت نمی کنند. ولی نباید گمان برد که ممکن است هیچ طلاقی بدون دخالت دادگاه واقع شود.» (کاتوزیان، ١٣٨٤، ص ٢٣٥)

ثبت طلاق از شرایط درستی آن نیست و نمی توان ادعا کرد که جدایی زن ومرد موکول به ثبت مراتب در دفتر رسمی طلاق است. در عرف مذهبی نیز ثبت طلاق ضرورت ندارد و همینکه اراده شوهر به صیغه خاص و نزد دو مرد عادل بیان شود، طلاق واقع می گردد. پس امکان دارد طلاق بدون ثبت در محضر نیز انجام شود. وانگهی تعیین مجازات برای سردفتران نمی تواند اجرای قانون را به طور کامل تأمین کند. بازرسان ثبت و دادسراها مجال بازرسی دقیق در باب تمام طلاق ها را ندارند. بنابراین احتمال دارد که سر دفتران بدون اذن دادگاه طلاق را واقع بسازند و در دفاتر نیز ثبت کنند.

پس باید دید طلاقی که بدین ترتیب، در محضر یا خارج از آن ، واقع شده درست است و فقط شوهر و سردفتر مجازات می شوند یا طلاقی که بدون اذن دادگاه انجام شود باطل است؟ هنوز محاکم فرصت نیافته اند تا در این باره تصمیم قاطع بگیرند. هدف از وضع قانون ، جلوگیری از طلاق های بی مورد و غیابی و حمایت از حقوق زنان است، و رسیدن به این هدف با بطلان اینگونه طلاقها ملازمه دارد. با این حال چرا نکته به این مهمی در قانون مسکوت مانده است؟ زیرا، گذشته از ملاحظات سیاسی که سبب اجمال گویی مقنن شده است، از نظر فنی، قانون ما در این زمینه چنانکه باید تنظیم نشده و از اینگونه معایب بسیار دارد. اصول حقوقی در قوانین مربوط به خانواده چنان بهم ریخته است که در بسیاری از امور به دشواری می توان به ثبات رویه قضایی و روشن شدن وضع خانواده ها امید داشت. ولی به هر حال شایسته است که قواعد مربوط به انحلال خانواده از قواعد مربوط به نظم عمومی باشد و تخلف از آن نادیده گرفته نشود. با وجود این بعضی از نویسندگان، طلاقی که از نظر شرعی واقع شده است

باطل نمی دانند و اعتقاد دارند که الزام مربوط به رجوع دادگاه و تحصیل اذن تنها ضمانت اجرای کیفری دارد. (کاتوزیان، ١٣٨٤، ص ٢٣٥ و ٢٣٦)

٤-٤-٤- شرایط اجرای صیغه طلاق

طبق قانون مدنی شرایطی برای اجرای صیغه طلاق وجود دارد، لذا اجرای صیغه طلاق و مباحث مربوط به آن از جمله مواردی است که به شدت مربوط به نظم عمومی است.

٤-٤-٤-١- به کار گیری الفاظ خاص

مطابق ماده ١١٣٤قانون مدنی: « طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد »

مقصود قانون گذار این است که انحلال ازدواج باید به وسیله اصطلاحات ویژه ای انجام شود و نمی توان با بکار بردن واژه های مبهم و نارسا این امر را انجام داد.

از آنجایی که از ظاهر ماده ١١٣٤قانون مدنی پیدا است، صیغه طلاق باید به زبان آورده شود و تنها با نوشتن انجام نخواهد شد. از نظر حقوقدانان این امر که حتماً باید صیغه طلاق به صورت شفاهی بازگو شود، دلیلی جز اثر روحی واژه « طلاق » برای جلوگیری از آن و اطمینان یافتن به اراده جدی شوهر در انجام آن نخواهد داشت.

در انجام صیغه طلاق برای افرادی که دچار بیماری و یا ناتوانی در سخن گفتن هستند، نظراتی مطرح شده است بدین شرح که، بین عقود تشریفاتی و غیر تشریفاتی باید تفکیک قائل شد. در معاملاتی که به رضای طرفین واقع می شود و تشریفاتی در آن لازم نیست، اگر برای طرفین یا یکی از آنان تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود. ولی پذیرفتن این حکم در اعمال تشریفاتی امکان ندارد. طلاق باید با بکار بردن لفظ خاص واقع شود و کسی که قادر به سخن گفتن نیست، باید به وسیله وکیل تشریفات لازم را انجام دهد؛ یعنی باید به وسیله اشاره یا نوشتن مقصود خود را به وکیل بفهماند و به او در اجرای صیغه نمایندگی بدهد. (کاتوزیان، ١٣٨٤، ص ٢٤٣)

٤-٤-٢- حضور شاهد در اجرای صیغه طلاق

به موجب ماده ١١٣٤قانون مدنی « طلاق باید.... در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.» با توجه به این توضیح هر دو شاهد باید صیغه مربوطه را باهم بشنوند و شنیدن هریک به تنهایی برای انجام صحت طلاق کافی نمی باشد. در انجام این امر دو شاهد باید دارای شرایطی باشند که عبارتند از :

مرد بودن- زنان در پاره ای امور می توانند به عنوان شاهد محسوب شوند. ولی در این موضوع یعنی انجام صیغه طلاق، قانونگذار به صراحت حضور دو مرد را کافی دانسته است و شهادت زنان هر چند تا که باشند را کافی نمی داند. این امر از جمله موارد مرتبط با نظم عمومی می باشد و لذا انجام قواعد خارج از آن با برخوردهای قانونگذار مواجه است اما در این خصوص ضمانت اجرایی پیش بینی نشده است.

عادل بودن- در شرع مقدس اسلام عادل به کسی گفته می شود که از انجام گناهان بزرگ بپرهیزد و اصرار به ارتکاب گناهان کوچک، نداشته باشد. از اینجا علمای حقوق معیاری را برای عادل بودن در نظر گرفته اند و گفته اند عادل کسی است که از آنچه اخلاق عمومی نمی پسندد بپرهیزد و انسانی معقول و پرهیزگار باشد. (کاتوزیان، ١٣٨٤، ص١٤٤) این امر هم از جمله موارد مربوط به نظم عمومی است ولی اثبات این امر که افراد مذکور در واقع عادل باشند در پاره ای از موارد دشوار خواهد بود.

٤-٤-٥- طلاق به درخواست زن

اگر زن خواهان جدایی از شوهر باشد و او نیز حاضر به طلاق نگردد، چه باید کرد؟ هرچند حق طلاق به مرد داده شده است، اما این حق مطلق نیست، بلکه در فقه مسلم است که زن نیز می‌تواند در برخی شرایط از دادگاه درخواست طلاق نماید.

این مهم نیز به دو گونه تأمین می‌گردد؛ یا زن در موارد خاص به دادگاه مراجعه می‌کند و از دادگاه تقاضای طلاق می‌کند و دادگاه نیز پس از بررسی دلایل زن و موجه بودن آن ها، ممکن است شوهر را ملزم به انجام طلاق نماید و اگر شوهر از طلاق امتناع نمود، دادگاه رأساً اقدام به طلاق می کند که به آن طلاق قضایی می گویند. یا این که زن به وسیله شرط ضمن عقد در هنگام انعقاد عقد نکاح از شوهر وکالت می گیرد که در موارد خاص یا به طور مطلق زن از سوی مرد وکیل در طلاق باشد. به واسطه این دو روش زن می تواند امر طلاق را به دست بگیرد و این حق را از انحصار شوهر خارج سازد. این دو مطلب را جداگانه بررسی می نماییم.

٤-٤-٦- ماهیت طلاق قضایی

به طور کلی هرگاه زوج به میل و اراده خود همسرش را طلاق دهد این طلاق علی القاعده رجعی است، مگر آنکه مصداق یکی از انواع شش گانه طلاق بائن باشد ولی اگر طلاق به درخواست زوجه و از سوی حاکم واقع گردد، آیا ماهیت چنین طلاقی بائن است یا رجعی؟ در مبحث غایب مفقودالاثر طبق صراحت ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضای مدت عده مراجعه کند نسبت به طلاق حق رجوع دارد. اما در این ویژگی رجعی بودن طلاق زوج غایب به سایر طلاق هایی که به حکم حاکم صورت می گیرد سرایت داده شود مورد تردید است. زیرا اگر شوهر بتواند پس از صدور حکم به طلاق و اجرای آن رجوع کند حکمت قواعدی که به زن حق در خواست طلاق داده است از بین می رود و به حیثیت او لطمه وارد می سازد.

در پاسخ باید اینگونه بیان داشت که طلاق به حکم قاضی طلاقی استثنایی و خاص است، بنابر این ویژگی های مخصوص به خود را دارد و درست نیست که طلاقی بی اختیار و اراده مرد بر خلاف اصل اولیه انجام گیرد ولی در رجوع به آن همان اراده سلب شده نقش آفرین باشد. اگر طلاق به اختیار مرد باشد رجوع نیز به اختیار اوست ولی اگر اراده او نقشی در آن نداشته باشد و به حکم حاکم واقع شده باشد، رجوع باید پس از حکم وی صورت پذیرد، زیرا رفع علت موجب صدور حکم، شرط رجوع است و همان مرجعی که وجود و حدوث آن علت را احراز و اثبات کرده و بر اساس آن حکم به طلاق داده باشد باید رفع و ازاله آن را احراز کند. پس از این احراز و اثبات، مانع رجوع از بین می رود و زوج می تواند اراده خود را مبنی بر رجوع اعلام دارد. به سخن دیگر اینگونه طلاق ها طبیعتاً و ماهیتاً رجعی است ولی رجوع امکان ندارد تا اینکه شوهر محکمه را راضی به رجوع دوباره نماید.

٤-٤-٦-١- موارد طلاق قضایی

طلاق توسط قاضی بدون دخالت زوج را در اصطلاح طلاق قضایی می گویند. با توجه به این تعریف زن می تواند از محکمه درخواست طلاق کند و دادگاه نیز با احراز شرایط و علی رغم میل شوهر، زن را طلاق خواهد داد. این موارد عبارت اند از:

۱ـ استنکاف شوهر از پرداخت نفقه و عدم امکان الزام وی به انفاق

۲ـ غایب مفقودالاثر بودن شوهر

۳ـ در عسر و حرج بودن زوجه، در صورت ادامه دادن به زندگی زناشویی طلاق به علت ترک انفاق

در ماده ۱۱۲۹قانون مدنی چنین آمده است: « در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم، شوهر او را اجبار به طلاق می نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه »

در این ماده دو مسأله قابل بررسی است:

۱ـ استنکاف شوهر از دادن نفقه: با استناد به آیه ۳٤ سوره نساء: «مردان را بر زنان تسلط و حق نگهبانی است به واسطه آن برتری که خدا برای بعضی بر بعضی مقرر داشته و هم به واسطه آنکه مردان از مال خود نفقه دهند ، پس زنان شایسته مطیع شوهران و در غیبت آنان حافظ (حقوق آنها) باشند از آن رو که خدا هم (حقوق زنان را) حفظ فرموده است. و زنانی که از نافرمانی آنان (در حقوق همسری) بیمناکید باید نخست آنان را موعظه کنید و (اگر مطیع نشدند) از خوابگاه آنان دوری گزینید و (اگر باز مطیع نشدند) آنان را به زدن تنبیه کنید ، چنانچه اطاعت کردند دیگر راهی بر آنها مجویید، که همانا خدا بزرگوار و عظیم الشأن است»

بر این اساس تأمین هزینه های خانواده از وظایف مرد است و همانطور که در فصل گذشته گفتیم این امر قابل تفویض به زن نخواهد بود و نیز نفقه باید با جایگاه اجتماعی زن و امکانات شوهر متناسب باشد و نمی توان برای آن اندازه معین و ثابتی در نظر گرفت.

با این توضیح چنانچه شوهر از پرداخت نفقه به زن خودداری کند، حاکم می تواند بین آن دو حکم طلاق را جاری سازد.

٤-٤-٦-٢- عجز شوهر از پرداخت نفقه

منظور از عجز ، ناتوانی شوهر پس از عقد ازدواج است و نه پیش از آن، زیرا این عجز هم ردیف با خودداری شوهر از پرداخت نفقه آمده که مربوط به پس از ازدواج است.

در این مورد که در صورت عجز شوهر از پرداخت نفقه آیا زوجه و حاکم حق فسخ دارند یا نه، نظریاتی مطرح است که قانون مدنی ما در ماده ۱۱۲۹ از این نظر پیروی کرده است که: زن حق فسخ ندارد و تنها می تواند به حاکم مراجعه و درخواست کند که زوج را به طلاق وادار کند و در این صورت اگر زوج طلاق نداد خود حاکم اقدام به طلاق می کند.

٤-٤-٦-٣- طلاق زوجه غایب مفقودالاثر

غایب مفقودالاثر کسی است که مدت نسبتاً مدیدی از غیبتش گذشته و از او هیچ خبری نباشد. (ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی) برابر ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی « هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، زن او می تواند تقاضای طلاق کند در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق میدهد.»

در این فرض، دادگاه شوهر را محکوم به طلاق دادن زن نمی کند، زیرا امکان اجرای چنین حکمی وجود ندارد. پس می توان گفت: دادگاه به عنوان ولایت از سوی غایب و مجری عدالت، زن را طلاق می دهد. منتهی چون طلاق عمل حقوقی تشریفاتی است، باید به صیغه خاص و نزد دو مرد عادل انجام شود، و انگهی طلاق بایستی در دفتر ثبت گردد، اجرای حکم دادگاه بدین صورت انجام می پذیرد که نماینده دادگاه در محضر رسمی طلاق حاضر می شود ، صیغه مخصوص را نزد دو عادل می گوید ودفتر طلاق را نیز امضاء می کند. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص۲۵۵)

همچنین ممکن است استدلال شود که هدف از تشریفات طلاق اثبات آن و جلوگیری از اختلاف در باره وقوع آن است. پس جایی که حاکم زن را طلاق می دهد و نظر او به صورت دادنامه به زن ابلاغ می شود، آن تشریفات ضرورت ندارد و محضر طلاق نیز با ثبت دادنامه مفاد آن را در شناسنامه زن می نویسند. او قاضی و دادخواه است و بر دو طرف دعوی حکومت دارد. لحن ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی نیز این تعبیر را تأیید می کند، زیرا در پایان ماده می خوانیم که : « حاکم او را طلاق می دهد » یعنی ازدواج با حکم دادگاه پایان می پذیرد و نیازی به گفتن صیغه طلاق نزد دو عادل ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص ۲۵٦)

٤-٤-٧- طلاق به دلیل عسر و حرج زن

در مواردی که ادامه زندگی با زوج برای زوجه موجب عسر و حرج باشد، حاکم می تواند با درخواست زن بدون توجه به خواسته مرد، اذن طلاق زوجه را صادر کند. در ماده ۱۱۳۰ اصلاح قانون مدنی چنین آمده است: « در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر وحرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تو اند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود ».

با دقت در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و عمومیات قاعده می توان شرایطی به شرح زیر برای اعمال آن در نظر گرفت.

الف) سبب عسر و حرج باید در زمان درخواست طلاق موجود باشد: بنابراین زوجه نمی‌تواند به واسطه علتی که سابقاً موجب عسروحرج وی از زندگی زناشویی شده است و در حال حاضر رفع گردیده، درخواست طلاق نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص ۲٦۱)

ب) ضابطه تشخیص عسر و حرج زوجه، معیار شخصی است و با توجه به وضعیت مادی، روحی_ روانی و شخصیت زوجه احراز می‌گردد. اما این مانع از آن نیست که در تشخیص تنگی و مشقت به عرف مراجعه ننماییم. (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص ۲٦۲)

ج) دائم بودن رابطه زوجیت: هیچ تردیدی نیست که با توجه به اختصاص طلاق به نکاح دائم اعمال ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی محدود به عقد نکاح دائم است. سؤال این است اگر زنی به نکاح موقت مردی در آید و رفتار مرد موجبات عسروحرج او را فراهم کند آیا زن می‌تواند برای رهایی خود از دادگاه الزام شوهر به بذل مدت را بخواهد؟

نظریه ٤۰٤۱/۷_۱۳٦٤/۲/۲۷: هرچند تحقق عسر و حرج در مورد ازدواج موقت مشکل و غالباً غیر متصور است زیرا که در غالب موارد در ازدواجهای موقت، زوجه تا حدودی از آزادی بیشتری برخوردار بوده و حقوق و تکالیفی که در ازدواج دایم به عهده زن است در ازدواج موقت نیست و یا خیلی کمتر است. ولی در عین حال چنانچه در مواردی زوجه با عسر و حرج روبه رو نمی شود و این موضوع در دادگاه ثابت گردد در این صورت دادگاه می تواند از ملاک ماده ۱۱۳۰قانون مدنی تنقیح مفاد نموده و حکم به اجبار زوج به بذل بقیه مدت متعه و در صورت میسر نشدن این امر حکم به انحلال زوجیت و قطع بقیه مدت ازدواج موقت صادر نماید.

٤-٤-۷-۱- طلاق توافقی

به جهت ایجاد ناسازگاری‌ها و کینه در زوجین در طول زندگی و امکان مشکل‌تر شدن زندگی مشترک و ایجاد عسر و حرج، شارع شرایطی را برای جدایی و طلاق؛ علی‌رغم بیان کراهت بسیار؛ تشریع نموده است و قانون‌گذار موجباتی از باب حفظ نظم عمومی بر قواعد شرعی آن افزوده است. حکم اولیه و ابتدایی این است که اختیار طلاق در دست مرد است (ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی) و در مواردی خاص به زن اجازه داده شده تا با مراجعه به حاکم

تقاضای طلاق نماید. (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی) گاه نیز توافق طرفین به عنوان مبنای طلاق قرار می‌گیرد. معنای توافق زوجین هم آن نیست که اراده زن همچون اراده مرد و به همان میزان در نوع طلاق دخیل باشد و به تعبیری طلاق اقالۀی یک قرارداد فی‌مابین زوجین تلقی نمی‌شود، در واقع عقد ازدواج به موجب اراده طرفین منعقد می‌شود، ولی سپس خود سازمانی مستقل می‌یابد و از تبعیت اراده طرفین خارج می‌گردد. به‌این معنی که زوجین نمی‌توانند با تراضی یکدیگر ازدواج را اقاله نمایند، چرا که چنین امری از نظر قانون‌گذار مخالف مصالح خانواده و مقررات طلاق که از قواعد نظم عمومی است، می‌باشد.

با توجه به اختیار شرعی مطلق مرد در طلاق و ایقاع بودن ماهیت طلاق، جهت گریز زن از برخی مشکلات، اجازه داده شده تا زوجه با اعطاء مالی به شوهرش از او طلاق بگیرد. شارع و به تبع قانون‌گذار ایران عنوان چنین طلاقی را خلع و یا مبارات نهاده است. که در اولی وجود کراهت زوجه و در دومی وجود کراهت در زوجین شرط است. طلاق خلع و مبارات بر اساس تقسیم‌بندی شارع جز طلاق‌های بائن می‌باشند. طلاق بائن طلاقی است، که شوهر نمی‌تواند رجوع ابتدایی در آن داشته باشد. یعنی تا هنگامی که زن به آن‌چه بخشیده رجوع نکند؛ شوهرش حق رجوع ندارد. در طلاق خلع، رجوع زوجه به بذل به معنی نفی کراهت و میل به بازگشت به زوج است و اگر زن رجوع کند؛ طلاق به رجعی بدل می‌شود. در مبارات کراهت و انزجار طرفینی است پس اگر تنها یک طرف نسبت به طرف دیگر انزجار داشته باشد، لفظ مبارات در طلاق صحیح نخواهد بود و چون کراهت از هر دو طرف است، از این رو مبلغ عوض در مبارات نباید بیش از مهریه‌ای باشد که شوهر به زن داده است.

در عبارات نیز هنگامی که زوجه از بذل رجوع می‌کند، زوج می‌تواند حق خود را اعمال نماید. ولی شارع او را مجبور به الغاء یک بارۀ طلاق نمی‌کند. بلکه مقرر نموده که پس از رجوع زوجه در بذل، طلاق رجعی خواهد شد، که در این صورت اگر زوج تمایل داشته باشد می‌تواند به زوجه رجوع نماید و در صورت عدم تمایل تا انقضاء عده رجوع نخواهد نمود.

با لحاظ مفهوم موسع برای تراضی زوجین، می‌توان طلاق‌های توافقی را نوعی طلاق با تراضی زوجین دانست. در مرحله عمل نیز دادگاه‌ها از طلاق خلع و یا مبارات تحت عنوان طلاق با تراضی استفاده نمایند و در احکام نیز از لفظ خلع یا مبارات جهت تعیین نوع طلاق بهره می‌برند. در طلاق توافقی گاه زن و مرد متفقاً اقدام به تقدیم دادخواست طلاق می‌نمایند، که قضات محکمه به طلاق مبارات حکم می‌دهند و گاهی خواهان طلاق زوجه است، که زوج نیز با آن موافقت می‌نماید و دادگاه رأی به طلاق خلع می‌کند.

پس آن‌چه به عنوان طلاق توافقی در نظام حقوقی ایران مشهود است، یکی از اقسام طلاق بائن یعنی خلع و یا مبارات می‌باشد. با بررسی در آراء صادره از محاکم خانواده آشکار می‌گردد، که در تمامی طلاق‌های توافقی زوجه اقدام به بذل مالی که اکثراً قسمتی یا همه مهریه می‌باشد، می‌نماید و نتیجتاً قاضی محکمه اقدام به صدور گواهی عدم امکان سازش می نماید.

٤-٧-٢- وکالت زن در طلاق

در قانون مدنی دو ماده راجع به وکالت در طلاق دیده می شود. یکی ماده ۱۱۳۸ که وکالت در طلاق را به طور اطلاق تجویز می کند و به وکالت زوجه اختصاص ندارد و دیگر ماده ۱۱۱۹ که مربوط به توکیل زن در طلاق از طریق شرط ضمن عقد است.

طبق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ممکن است ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر شوهر به زن وکالت برای طلاق داده باشد . چنین شرطی طبق فقه اسلامی و قانون مدنی صحیح و معتبر است .وکالت مذکور به دو طریق قابلیت دارد:

الف) وکالت مشروط که مقید به تحقق شرطی در خارج است و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی بیانگر همین امر است. یعنی باید آن شرط در عالم خارج به وقوع پیوندد و بعد از آن است که، زن می تواند خود را به وکالت از مرد طلاق دهد مثلاً اختیارکردن زن دیگر توسط شوهر، ترک انفاق و سوء رفتار و یا هر شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد ازدواج نباشد. تشخیص تحقق این شروط می تواند برعهده شخص زوجه یا دادگاه یا شخص ثالثی باشد. همانطوری که مرد برای طلاق دادن به دادگاه می رود و روال قانونی ای را طی می کند، زن هم قاعدتاً باید این پروسه را طی کند تا به هدف خود که طلاق است برسد. پس تشخیص این امر که آیا زن می تواند طلاق بخواهد یا نه با دادگاه است.

ب) وکالت مطلق (بدون قید شرط): در این نوع وکالت زوجه می تواند بدون هیچ عذری و یا تحقق شرطی در عالم خارج خود را مطلقه سازد. اما عدم رعایت نکات ظریفی در این مورد، موانعی را در جهت رسیدن زوجه به مقصود خویش در برخورداری از اختیار مطلقه ساختن فراهم خواهد آورد. این نکات عبارتند از:

۱ - وکالت مطروحه (چه مقید و چه مطلق آن) باید در ضمن عقد ازدواج که عقدی لازم است یا هر عقد لازم دیگری مثلاً عقد بیع، شرط شود تا زوج حق عزل زوجه را نداشته باشد. عقد لازم تضمین کننده بلاعزل بودن این وکالت خواهد بود.

۲- قید چنین وکالتی باید به صورت "شرط نتیجه" باشد. (بند دو ماده ۲۳٤ قانون مدنی) شرط نتیجه آن است که حتما تحقق امری در خارج شرط شود. هرگاه تحقق این امر نیاز به فراهم آمدن مقدماتی نداشته باشد، به محض عقد قرارداد ازدواج موضوع شرط نتیجه (عقد وکالت) هم محقق می شود. اما اگر به صورت شرط فعل آورده شود زوج، بعد انعقاد از عقد اصلی است که مکلف می شود عقد وکالتی با زوجه خود ببندد و چنانچه این عقد وکالت در ضمن عقد لازم دیگری شرط نشده باشد (از آنجایی که عقد وکالت ماهیتا عقدی است جایز و نه لازم) شوهر بلافاصله بعد انعقاد عقد وکالت، حق عزل همسرش را از وکالت خواهد داشت. و در واقع شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

ماده ۲۳٤ قانون مدنی به زبان ساده تر تحقق شرط نتیجه (شرط وکالت) با قید چنین عبارتی ممکن است: «از جانب شوهر به زن برای مطلقه ساختن خویش وکالت داده شد.» و شرط فعل هم با قید چنین عبارتی «از جانب شوهر به زن برای مطلقه کردن خویش وکالت داده می شود یا وکالت داده خواهد شد.» با اندکی دقت می توان دریافت تفاوت ظاهر عبارات فوق الذکر (صرفنظر از آثار و نتایج حقوقی آن) در افعال این عبارت ها است.

۳- در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است. (ماده ۱۱٤۸ قانون مدنی) در طلاق بائن برای شوهر حق رجوع نیست. (ماده ۱۱٤٤ قانون مدنی) ماده (۱۱٤٥ قانون مدنی) شرایطی را که موجبات بائن شدن طلاق را فراهم می سازد ذکر کرده است پس اگر این شرایط فراهم نباشد، طلاق رجعی است. در چنین حالتی بعد از اینکه زن وکالتاً از جانب شوهر خود را مطلقه کرد، اگر شوهر به او رجوع کند زن می تواند مجددا از وکالت داده شده از جانب شوهر، برای طلاق خود استفاده کند چرا که با رجوع، عقد ازدواج قبلی با همان شروط مندرج در آن را خواهیم داشت. رجوع شوهر فقط تا دو بار امکان خواهد داشت و در طلاق سوم اگر زن از وکالت داده شده تا سه مرحله برای طلاق استفاده کرده باشد، دیگر طلاق صورت گرفته رجعی نخواهد بود، بلکه غیرقابل رجوع است.

راه دیگر برای بائن ساختن طلاق در همان مرحله اول، بذل بخشی از مهریه یا دادن عوضی از سوی زن به شوهر است. میزان بذل یا عوض مهم نیست، نکته مهم اینجا است که شوهر بذل یا عوض زوجه را بپذیرد، درغیر اینصورت رجعی بودن طلاق به قوت خود باقی است. (۱۱٤٦ قانون مدنی) بدیهی است اگر زن بخواهد وکالت در

طلاق را از طریق وکیل پیگیر باشد باید برای این کار، وکالت در توکیل (مجوز وکالت دادن به دیگری) را نیز از جانب شوهر داشته باشد.

٤-٥- حقوق زوجین پس از طلاق

قاعده زندگی انسان بر اساس نظم و انضباط است، نظم و انضباطی که اگر نباشد تمام مسائل زندگی از هم می پاشد. حقوق و وظایف زوجین پس از طلاق نسبت به هم پایان نمی پذیرد. نیز اسلام نیز با این امر کاملاً مخالف است که حقوق مالی و غیر مالی زوجین بعد از طلاق زایل شود.

٤-٦- حقوق مالی زوجین پس از طلاق

٤-٦-١- نفقه

نفقه در اصطلاح عبارت است از تأمین نیازهای زندگی زن و سایر افراد واجب النفقه، آنگونه که بدان نیازمند هستند، از قیبل خوراک، پوشاک، مسکن و سایر نیازمندی های زندگی زن و سایر افراد واجب النفقه که تامین آن از وظایف مرد محسوب می شود. در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی نفقه اینگونه تعریف شده است که:

« نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض »

نفقه زن در عقد دایم واجب است، بنابراین عقد موقت سبب وجوب نفقه نمی شود و نیز زن باید به شوهرش تمکین کامل داشته باشد. پس اگر زن ناشزه باشد و یا مرتد شود و یا اینکه زوجه به سن بلوغ نرسیده و صغیره باشد و یا زوج صغیر باشد و زن کبیره، تکلیف دادن نفقه از شوهر ساقط می شود. (عظیمی و پور رضا، ۱۳۸۹، ص۳۰)

در این راستا قانون مدنی در ماده ۱۱۱۳ بیان می دارد که: « در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر این که شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد »

٤-٦-٢- نفقه زن در عده طلاق رجعی

زنی که در ایام عده طلاق رجعی به سر می برد در حکم زوجه است و طلاق رجعی موجب انحلال قطعی ازدواج از سوی زوجین نمی گردد، بلکه تا زمان انقضای عده از سوی زن و شوهر رعایت می گردد و به این دلیل زوج می تواند در این مدت که زن در عده به سر می برد رجوع نماید. بر این اساس، فقها مدت عده رجعیه را امتداد زوجیت یا در حکم آن می دانند و احکامی خاص بر آن بار می کنند. در صورتی که زن در مدت پس از طلاق و در زمان عده رجعی حامله باشد، بر شوهر واجب است که هزینه و نفقه زن و حمل را تأمین کند تا زمانی که کودک متولد شود.(عظیمی و پور رضا، ۱۳۸۹، ص۳۱)

٤-٦-٣- نفقه زن در عده طلاق بائن

زنی که به واسطه طلاق بائن از شوهر جدا می شود، نفقه و سکونت او در ایام پس از آن ساقط است، مگر آنکه زن حامله باشد که در این صورت تا زمانی که وضع حمل نکرده، مستحق نفقه و سکونت در منزل شوهر است. این امر در ماده ۱۱۰۹قانون مدنی مورد تأکید قرار گرفته است:

«. . . اگر طلاق بائن باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت. »

حال سوالی به ذهن می رسد که آیا مرد،می‌تواند در ضمن عقد ازدواج یا طلاق، شرط نماید که تعهدی در قبال پرداخت«نفقه» نداشته باشد؟

باید گفت که، به دلیل «نظم عمومی» پرداخت نفقه را بر مرد لازم می‌دانند. بدین معنی،که «نظم عمومی»، فوق تمام قراردادهای خصوصی قرار دارد ، به گونه‌ای، که در تعارض بین این دو، «نظم عمومی» مقدم است. به عبارت دیگر، در انعقاد قراردادهای خصوصی، باید نظم عمومی مورد توجه باشد.

«تکلیف مربوط به انفاق بین خویشان زن و شوهر نیز از قواعد مربوطه به«نظم عمومی» است و حق نفقه خواستن، با قرارداد ساقط نمی‌شود، ولی، عقدی که مقدار نفقه و ترتیب تادیه آن را معین می‌کند نافذ است همچنین زن می‌تواند شوهر را از نفقه گذشته خود ابراء کند.» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص۱۷۷)

٤-٦-٤- ارث زوجین

شرط توارث به مقررات ارث که از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است لطمه می زند. به تعبیر دیگر قواعد راجع به تعیین ورثه و سهام آنان از قواعدی است که در راه مصلحت اجتماعی و منافع عمومی مقرر شده و افراد نمی توانند با قراردادهای خود آن ها را زیر پا بگذارند. قراردادی که غیر وارثی را وارث معرفی کند یا در سهام ورثه تغییر دهد بر خلاف قواعد آمره و نظم عمومی محسوب و از درجه ی اعتبار ساقط است. شرط توارث در مورد ازدواج منقطع از این گونه قراردادهاست که نمی تواند معتبر باشد (بند ۳ ماده ۲۳۲) برخلاف شرط انفاق که مخالف هیچ یک از قواعد آمره و نظم عمومی نیست و در واقع یک قرارداد مالی است که تعهدی برای شوهر ایجاد می کند.

زن و شوهر از یکدیگر ارث می برند، در صورتیکه زوجیت بین آنها برقرار باشد و به شرطی که موانع ارث مانند کفر، قتل و مفقودالاثر بودن در آن دو نباشد، اگرچه شوهر نزدیکی نکرده باشد. (امام خمینی ، ۱۳۸۳، ص ۸۱۷)

پس زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می برند (ماده ۹۴۰ قانون مدنی) مگر در مورد مرد بیماری که در حال مرضی با زنی ازدواج کند، زیرا در این صورت زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی برند، مگر اینکه شوهر با زن نزدیکی کرده باشد یا بیماری او بهبود یافته باشد، که در اینصورت پس از بهبودی از یکدیگر ارث می برند، اگرچه شوهر پیش از نزدیکی فوت کرده باشد (امام خمینی، ۱۳۸۳، ص۸۱۷)

قانون مدنی در ماده ۹۴۵ بیان می دارد که: «اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد زن از او ارث نمی برد لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد زن از او ارث می برد».

٤-٦-٥- میراث زوجه در طلاق رجعی

هرگاه زن به طلاق رجعی از سوی مرد طلاق داده شود و در زمان عده یکی از زوجین فوت کند مانع ارث بردن طرفین نیست و هر یک از دیگری ارث می برند. قانون مدنی در ماده ۹۴۳ به تبعیت از این امر چنین آورده است: «اگر شوهر زن خود را بطلاق رجعی مطلقه کند هر یک از آنها که قبل از انقضاء عده بمیرد دیگری از او ارث می برد لیکن اگر فوت یکی از آنها بعد از انقضاء عده بوده و یا طلاق بائن باشد از یکدیگر ارث نمی برند »

٤-٦-٦- طلاق در حال بیماری

اگر شوهر در حال بیماری زن خود را طلاق دهد تا مدت یکسال از تاریخ طلاق به واسطه همان بیماری بمیرد، زن از او ارث می برد اگرچه طلاق بائن باشد، مشروط بر اینکه زن با مرد دیگری ازدواج نکند (امام خمینی، ۱۳۸۳، ص۸۱۷)

پس برای ارث بردن زن از شوهر در این مورد سه شرط وجود دارد:

۱- فوت مرد، ظرف یک سال از تاریخ طلاق

۲- فوت به دلیل همان بیماری باشد که مرد زن را طلاق داده است

۳- زوجه در این مدت ازواج ننموده باشد، اگر یکی از این موارد وجود نداشته باشد، زوجه ارث نخواهد برد.

٤-٦-٧- مهریه

هنگامی که مهریه در ضمن عقد ازدواج بین زن و شوهر تعیین شده باشد در صورت وقوع طلاق بین زوجین پیش از نزدیکی زن مستحق نصف مهر معین شده است. (ماده ۱۰۹۲قانون مدنی) و هرگاه طلاق بعد از نزدیکی رخ دهد زن مالک تمام مهر است. در صورت فسخ پیش از نزدیکی زن مستحق مهر نیست مگر اینکه فسخ به علت عنن باشد که در این حالت نصف مهر واجب می شود (ماده۱۱۰۱) و هرگاه فسخ ازدواج پس از نزدیکی و فوت شوهر باشد چه نزدیکی واقع شده و چه نشده باشد تمام مهر بر ذمه شوهر مستقر است.

٤-٦-٨- تنصیف دارایی

ضمن عقد ازدواج خارج لازم زن می تواند شرط کند که هرگاه طلاق به درخواست او نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده، شوهر موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه، بدون عوض به زن منتقل نماید. این شرط بر خلاف قوانین آمره نخواهد بود و جزء قراردادهای خصوصی است که افراد در ضمن عقد ازدواج و یا خارج از آن مقرر می دارند و در صورت تحقق شرایط لازم طرفین ملزم به انجام آن خواهند بود.

٤-٧- حقوق غیر مالی زوجین بعد از طلاق

٤-٧-١- رجوع

رجوع در اصطلاح عبارت است از بازگرداندن زن طلاق داده شده در زمان عده اش به ازدواج سابقش و این رجوع در ایام عده ی طلاق رجعی امکان پذیر است و در صورت تمام شدن عده در طلاق رجعی رجوع امکان پذیر نیست. (امام خمینی، ١٣٨٣، ص٧٧٩) رجوع از ایقاعات است که به وسیله اراده شوهر برای بازگشت بر زوجیت سابق قرار می گیرد. (امامی، ١٣٨٤، ص٦٨)

رجوع در طلاق به وسیله قبول و لفظ می تواند صورت گیرد و بدین صورت که شوهر به همسر مطلقه خود با هر عبارتی که رجوع او را برساند مراجعه کند، مانند اینکه بگوید: «راجعت الی ازدواجی» یا «رَجَعَتُک» یا «اَرَتَجعتُک» این الفاظ به طور صحیح دلالت بر رجوع می کند. (امام خمینی، ١٣٨٣، ص٧٧٩) رجوع فعلی است که عبارت است از انجام هرگونه عملی که برای غیر شوهر اجازه داده نشده، مانند نزدیکی کردن شوهر با زن در زمان عده اش، بوسیدن یا لمس کردن زن با شهوت یا بدون آن، زیرا این کار ها همانند لفظ و قول بر رجوع دلالت می کنند و حتی دلالت آنها نسبت به لفظ و قول قوی تر است. (عظیمی گرگانی، ١٣٨٩، ص٣٧)

٤-٧-٢- حضانت

عبارت است از ولایت داشتن بر طفل و مجنون، به منظور تربیت او و تأمین مصالحی که مربوط به او است؛ مانند نگهداری او. شیردان کودک مهم ترین امری است که هر کودک در مدت دو سال اول کودکی با آن احتیاج دارد و شیر مادر از هر شیر دیگری سازگار تر است.

بنابراین مادر در طول مدت شیر خوارگی کودک، نسبت به حضانت او دارای اولویت است اختیار مادر نسبت به شیر ندادن فرزند خود مشروط به این است که تغذیه او به وسایل دیگری ممکن باشد: هرگاه از نظر پزشکی شیر مادر تنها وسیله تغذیه طفل باشد یا به دلیل عسرت پدر و مادر یا حوادث قهری امکان تهیه شیر خشک یا غذای مناسب دیگر ممکن نباشد، شیر دادن از تکالیف مادر است و می توان اجبار او را از دادگاه خواست و در صورتی که ضرری به طفل رسد، مسئول است (کاتوزیان، ١٣٨٨، ص٧١١).

در ماده ۱۱٦۹ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۸۲/۵/٦ مجلس شورای اسلامی و مصوب ۱۳۸۲/۹/۸ مجمع تشخیص مصلحت چنین بیان شده است که: «برای حضانت و نگهداری طفل که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می کنند، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است»

دیدگاه قانون در این مورد در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی چنین بیان شده است: « هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده‌ی آن‌هاست، از نگاهداری او امتناع کنند، در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگاهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده‌ی اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند».

هرگاه کودکی که تحت حضانت پدر یا مادر و یا سایر افرادی که شایستگی حضانت بر او دارند بالغ و رشید شود، حق حضانت نسبت به وی ساقط می گردد، زیرا حضانت ولایت است و هیچ کس بر فرد بالغ و رشید ولایت ندارد و تفاوتی بین مذکر و مونث وجود ندارد.

٤-۷-۳- موارد سقوط حقوق زوجین

در بسیاری از موارد زن و مرد در قبال همدیگر و اطرافیان که می توانند فرزندان آنها باشند، مسئولیتی دارند که با سقوط یا از بین رفتن شرایط قانونی آنها مسئولیت و حقوق قرار داده شده بر آنها از بین می رود.

حق حضانت در برخی از موارد برای هر یک از پدر و مادر در صورتی که فاقد برخی شرایط باشند سلب می شود که عبارت اند از:

٤-۷-۳-۱- جنون

هرگاه در مدتی که مادر از اولویت نسبت به حضانت کودک برخوردار می باشد، دچار جنون شود از آنجایی که قادر به نگهداری و تربیت کودک به نحوی که مصلحت کودک در آن باشد نیست، حق حضانت در چنین شرایطی از مادر ساقط می گردد و پدر تنها کسی است که در این وضعیت دارای حق حضانت و در اولویت می باشد و بر عکس اگر پدر دچار جنون شود، حضانت کودک تا ۱۸ سالگی به عهده مادر خواهد بود. (امامی، ۱۳۸٤، ص۱۹۵)

قانون مدنی در ماده ۱۱۷۰ درباره جنون می گوید:« اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون شود. . . حق حضانت با پدر خواهد بود».

٤-٧-٣-٢- ازدواج مجدد مادر

هر گاه عقد ازدواج بین زوجین در اثر طلاق یا فسخ منحل گردد و مادر عهده دار حضانت کودک خود باشد، در صورتی که با مرد دیگری ازدواج کند و اگر پدر کودک در قید حیات باشد و همچنین عاقل و مسلمان باشد، در این صورت حق حضانت زن ساقط می گردد و بر عهده پدر قرار می گیرد. هنگامی که پدر در قید حیات نباشد، حضانت مادر به واسطه ازدواج مجددش ساقط نمی شود، خواه عقد دائم باشد و خواه ازدواج ادامه پیدا کند یا طلاق بگیرد.

هرگاه طلاق بائن باشد حق حضانت بلافاصله پس از وقوع طلاق به مادر باز می گردد و اگر انحلال ازدواج مادر با غیر به وسیله طلاق رجعی باشد تا زمانی که مدت عده رجعیه باقی است حق اعمال حضانت باز نمی گردد، زیرا مطلقه رجعیه زوجه یا در حکم زوجه است. هرگاه شوهر رجوع نکند پس از انقضاء مدت عده حق اعمال حضانت مادر به او بر می گردد. ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی در این مورد تصریح کرده است: « اگر مدتی که حضانت طفل با اوست . . . با دیگری ازدواج کند حق حضانت با پدر خواهد بود».

٤-٧-٣-٣- عدم صلاحیت اخلاقی

در صورت عدم صلاحیت اخلاقی والدین حق حضانت و سرپرستی از آنها ساقط می گردد، چرا که ممکن است باعث آسیب رسیدن به کودک شود. در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی در این مورد آمده است:« هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضاییه تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.

موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است:

۱- اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار

۲- اشتهار به فساد اخلاق و فحشا

۳- ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی

٤- سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضداخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی‌گری و قاچاق

٥- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف»

٤-٧-٣-٤- عدم استطاعت مالی

در صورتی که هر یک از والدینی که حضانت طفل بر عهده آنها است، از لحاظ مالی قادر به تامین هزینه های نگهداری از کودک مانند تهیه خوراک، پوشاک، مسکن و هزینه تحصیل وی نباشند، از آنجا که عدم تامین نیازهای ضروری کودک برای او زیان بار است هر یک از پدر یا مادر که دارای این مشکل باشد، صلاحیت نگهداری از کودک را ندارد و حق حضانت از آنها ساقط می گردد.

٤-٧-٣-٥- سقوط نفقه

نفقه حق زن است و در صورت تمکین باید به وی پرداخت شود و قوانین ایران در این مورد به شدت سخت گیری می کند، و این سخت گیری از به دلیل اهمیت ویژه پرداخت نفقه از سوی زوج به زوجه است، اما پاره ای از موارد سبب سقوط این حق می شوند، که شامل اند از:

الف) نشوز

نشوز در مقابل تمکین قرار دارد و عبارت است از خارج شدن از اطاعت به معنای اینکه زن یا شوهر حقوق متقابل نسبت به یکدیگر را ادا نکرده و از اطاعت یکدیگر خارج شوند، در این صورت هرگاه زن نسبت به اداء وظایفی که بر عهده او است نشوز نماید، نفقه وی که بر عهده شوهر است به دلیل عدم اطاعتش از عهده شوهر ساقط می گردد تفاوتی در بین مسلمان و کافر ندارد (امام خمینی، ١٣٨٣، ص٧٥٣).

ب) زوجه صغیره

از آنجا که شرط وجوب نفقه تمکین از سوی زوجه است و به دلیل عدم امکان تمکین از سوی زوجه صغیره، در این صورت نفقه او بر شوهر واجب نمی باشد (امام خمینی، ١٣٨٣، ص٧٥٣).

ج) ارتداد زوجه

مسلمان بودن شرط وجوب نفقه نیست اما از زن مسلمان مرتد شود تکلیف دادن نفقه از شوهر وی ساقط می گردد (امام خمینی، ١٣٨٣، ص٧٥٣).

د) زوج صغیر

در صورتی که شوهر صغیر باشد و زن کبیره باشد که زوج قدرت استمتاع ندارد در این حالت نفقه بر شوهر واجب نیست (امام خمینی، ۱۳۸۳، ص۷۵٤).

هـ) سقوط ارث

زوجین از یکدیگر ارث می برند، اما دسته ای از موارد از قبیل : کفر، قتل، لعان و مفقودالاثر بودن مانع ارث بردن از یکدیگر می شود.

و) قتل

هرگاه قتل از روی عمد و ظلم باشد، قاتل از ارث منع می شود و قتل مانع ارث است و در صورتی که قتل به عنوان خطا باشد؛ فقط مانع دیه می شود و طبق قول مشهور مانع ارث نمی شود و شخص ارث می برد. (امام خمینی، ۱۳۸۳، ص۷۹۵)

در ماده ۸۸۰ قانون مدنی نیز آمده است که: « قتل از موانع ارث است بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع می‌شود اعم از این که قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری». البته نباید از این موضوع غافل شد که منظور از قتل،قتل عمدی است زیرا طبق ماده ۸۸۱ قانون مدنی اشاره به این نکته دارد، پس باید گفت زوجین در غیرعمدی بودن قتل از یکدیگر ارث می برند.

ز) لعان

لعان مانع ارث بردن زن و شوهر از یکدیگر و ارث بردن شوهر و فرزند نفی شده به سبب لعان از یکدیگر می شود. (امام خمینی، ۱۳۸۳، ص۷۹۷).

ماده ۸۸۲ قانون مدنی نیز در تأیید نظر فقها چنین بیان کرده است: « بعد از لعان، زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند و همچنین فرزندی که به سبب انکار او، لعان واقع شده، از پدر و پدر از او ارث نمی‌برد لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند» و ماده ۸۸۳ قانون مدنی می گوید:« هر گاه پدر بعد از لعان رجوع کند پسر از او ارث می‌برد، لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام

پدری از پسر ارث نمی‌برند». البته مانع بودن ارث مورد انتقاد قرار گرفته بدین تعبیر که با انحلال ازدواج، مقتضی توارث را از بین می برد. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص۵٤۳)

ح) مفقودالاثر بودن

مفقودالاثر بودن، ظاهراً مانع از نفوذ اثر می باشد تا آنجا که مرگ غایب از طریق شرعی ثابت شود و غایبی که مفقودالاثر شده است به گونه ای که از وی هیچ خبری نمی رسد، مورث محسوب نمی شود تا اینکه از زمان حیات او مدت زمانی بگذرد که به طور معمول و عرفاً، اشخاصی مانند او در آن مدت زنده نمی ماند. پس از سپری شدن این مدت، حکم به ارث بردن کسانی می شود که در حال صدرو حکم راجع به غایب موجود هستند. حال اگر در این مدت یکی از خویشاوندان غایب فوت نماید، سهم او از ترکه آن شخص کنار گذاشته شده، جزء اموال وی محسوب می گردد. قانون مدنی در ماده ۸۷۹ خود در مورد ارث غایب مفقودالاثر می گوید: « اگربین وراث غایب مفقودالاثری باشد، سهم اوکنارگذارده می شود تاحال او معلوم شود. در صورتی که محقق گردد قبل ازمورث مرده است، حصه او به سایر وراث بر می گردد و الا به خود او یا به ورثه او می رسد».

فصل پنجم

نتیجه گیری و پیشنهادها

۵-۱- نتیجه گیری

با توجه به تمام مطالبی که در طی مباحث مختلف ذکر شد به نظر می رسد نظم عمومی در حقوق خصوصی در دو معنا می تواند به کار رود. در معنای اول، نظم عمومی عبارت است از مجموع محدودیت هایی که آزادی اراده اشخاص را فراگرفته و در واقع محدوده آزادی اراده می باشند که نظم عمومی در این مفهوم شامل مقرراتی می شود که محدودیت هایی را خارج از چارچوب اعمال حقوقی بر اراده اشخاص تحمیل می کند؛ مانند مشروعیت جهت در اعمال حقوقی و هم شامل مقرراتی می شود که تشکیل و ایجاد اعمال حقوقی مبتنی بر آنها است؛ مانند مقررات مربوط به اهلیت، قصد و رضا.

نظم عمومی در معنای دوم فقط شامل مقرراتی است که محدودیت هایی را از خارج بر اعمال حقوقی تحمیل می کنند؛ مانند بطلان عمل حقوقی که موضوع آن نامشروع است یا عمل حقوقی که جهت آن نامشروع است.

برای نظم عمومی تقسیم بندی های مختلفی صورت گرفته است که شاید به ظاهر، به نظر برسد نظم عمومی دارای ماهیت چندگانه می باشد. اما باید دانست که برشمردن اقسام مختلف برای نظم عمومی دلیل بر این نیست که چندین نوع نظم عمومی وجود دارند که مغایر یکدیگرند، بلکه نظم عمومی در برخی روابط و برخی وضعیت ها چهره خاصی می یابد. مثلاً نظم عمومی در روابط داخلی و روابط بین الملل دارای ماهیت واحدی است ولی در هر یک از این وضعیت ها، چهره خاصی می یابد. حتی در روابط داخلی نیز در تعارض قوانین با گذشت زمان، نظم عمومی چهره خاصی می یابد.

به نظر می رسد نظم عمومی تعیین کننده قلمرو اصل آزادی اعمال حقوقی است نه بالعکس. زیرا مصالح و منافع افراد در حالت اجتماعی بر منافع آنها بدون لحاظ حالت اجتماعی، برتری دارد. و هرجا یقیین داشته باشیم موردی مربوط به منافع جامعه است، مسلماً چنین نفعی بر نفع اشخاص مقدم است.

حفظ سلامت و آزادی انسان یکی از مهم ترین هدف های قانونگذاری است. از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه ریزی های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد.

خانواده هسته اصلی هر اجتماع است و نظم موجود در آن بستگی کامل با نظم عمومی دارد. بنابراین، اشخاص نمی توانند، در قراردادهای خصوصی، قواعد حاکم بر خانواده را بر هم بزنند و حقوق و تکالیف دیگری برای خود معین کنند.

خانواده با اتحاد و زناشویی زن و مرد آغاز می شود؛ ایجاد نظم در این اجتماع کوچک اما بزرگ ایجاب می کند که مورد حمایت جدی قانون قرار گیرد و از این رو تخطی از امور قرار داده شده در مورد ازدواج و طلاق از سوی مقنن توسط زن و مرد، با ضمانت اجراهای قانونی مواجه می شوند، لذا افراد هر چقدر که از آزادی برخوردار باشند باید در چارچوب های پیش بینی شده از سوی قانونگذار حرکت کنند. این امر شاید از دیدی تحدیدی بر آزادی های افراد در اجتماع باشد، اما بهتر است که از این دید نگاه کنیم که خانواده به عنوان تشکیل دهنده عنصر اصلی یک اجتماع است و نیز نقش مهمی در روند سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و. . . جامعه ایفا می کند. با همه این توضیحات نمی توان قائل به آزادی مطلق افراد در تشکیل و انحلال خانواده بود.

اما نباید از این نکته غافل بود که، طبع خانواده با حقوق و احکام آمره آن سازگار نیست و اثر قوانین در ایجاد نظم در آن ناچیز است. پس، اگر در پی آن باشیم که سنت ها را به دور افکنیم و قانون را جایگزین آن سازیم، در واقع آن را میان تهی می سازیم. البته نقش حقوق را در تنظیم خانواده نباید انکار کرد، زیرا هستند کسانی که جز به زور به هیچ منطقی تسلیم نمی شوند و درباره اینان تنها حقوق می تواند حداقلی از نظم و عدالت را مستقر سازد، ولی آنچه گاه از نظر ها دور می ماند این است که آخرین و ناقص ترین حربه را نباید جایگزین نظام اصلی خانواده کرد و بدین دل خوش داشت که قانونگذار برابری و عدالت را مستقر بسازد.

در کنار قانونگذاری های شتابزده و زیانبار، باید شیوه کسانی را هم که قواعد عمومی معاملات را در روابط زن و شوهر اجرا می کنند، نکوهش کرد. در تشکیل خانواده، نوعی اتحاد و همبستگی مالی و عاطفی مورد نظر است نه معامله. پس، آنچه مفهوم «عدالت معاوضی» در قراردادها ایجاب میکند، در روابط زن و شوهر قابل اعمال نیست. تن انسان و عشق و وفاداری او قابل خرید و فروش و معاوضه نیست تا بتوان تکلیف شوهر به پرداختن مهر را تعهد متقابل زن نسبت به سکونت مشترک و داشتن رابطه جنسی با او پنداشت و از این رابطه احکامی مانند «حق حبس برای شوهر» استنباط کرد، یا قواعد تدلیس و عیب را، چنانکه در سایر معاملات است، در ازدواج نیز به بکار بست.

آنانکه در پی یافتن قواعد حاکم بر خانواده یا اصلاح آن هستند، خواه در مقام قانونگذار یا دادرس و استاد، بایستی در کنار کاوش های حقوقی، از جامعه شناسی خانواده نیز یاری بخواهند تا آنچه را به واقع حاکم بر خانواده است دریابند؛ از سنت ها غافل نمانند و در تفسیر قواعد، آرمان های مذهبی و انسانی را از عوامل موثر شمارند زیرا استحکام خانواده بر پایه همین سنت ها و آرمان ها است و ریشه بسیاری از قواعد در آن ها نهفته است.

۵-۲- پیشنهادات

قواعد نظم عمومی نیز مانند مقررات حقوقی، مبنی بر مصالح کل جامعه بوده و هدف نهایی آن حفظ منافع عمومی و نظام اجتماعی و حقوق خانواده است. میان دو مفهوم فوق الذکر، نسبت تباین بر قرار نیست تا آنها را به طور کلی از هم جدا به حساب آوریم، بلکه باید گفت که اخلاق در خانواده را در برابر حقوق بگذاریم زیرا با وجود تأثیر اخلاق در حقوق، استقلال قواعد مربوط به آن دو قطعی است.

۱ـ با این تفاسیر می توان اخلاق حسنه در خانواده را دسته ای از قواعد اجتماعی (اعتقادات عمومی) که در بیرون از قلمرو حقوق اعم از قانون یا عرف و عادت وجود دارند و در عین حال برای تنظیم زندگانی جامعه و وصول به مقصد حیات اجتماعی پیشنهاد می شود با حقوق همکاری نماید.

۲ـ پیشنهاد می شود گروهی از قواعد اخلاقی را که در متون قوانین امری آمده یا مبنای این گونه قوانین قرار گرفته است، در شمار قواعد مربوط به نظم عمومی آورد.

۳ـ پیشنهاد می شود گروه دیگر، که ضمانت اجرای آن تنها وجدان عمومی است، به عنوان ویژه «اخلاق حسنه» مورد استناد قرار گیرد.

٤ـ از سوی دیگر، مبنای قواعد حقوق تنها اخلاق نیست و گاه ضرورتهای اقتصادی و سیاسی اصولی را بوجود می آورد که اخلاق در آن باره حکمی ندارد. پس، احتمال دارد امری که خلاف نظم عمومی است با هیچ یک از قواعد اخلاقی تعارض نداشته باشد. بدین ترتیب، پیشنهاد می شود نظم عمومی و اخلاق حسنه هر کدام قلمرو ویژه ای یابد که، در عین ارتباط و نفوذ در یکدیگر، جداگانه باید مورد توجه قرار گیرد.

۵ـ با وجود این، چون اموری که خلاف اخلاق حسنه در خانواده است نظم عمومی را نیز بر هم می زند و هیچگاه حقوق نمی تواند به امور غیر اخلاقی بی اعتنا بماند، به اصطلاح منطقی، رابطه این دو مفهوم را باید عموم و خصوص مطلق دانست: بدین تعبیر که، آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد با نظم عمومی نیز مخالف است، ولی امکان دارد، قراردادی که با نظم عمومی در تعارض است، از نظر اخلاقی ناپسند بنظر نیاید. پس پیشنهاد می شود افزودن اخلاق حسنه بر موانع نفوذ عقد این اثر مهم را دارد که به دادرس اجازه می دهد تا برای اخلاقی کردن قراردادها پا را از متون قوانین فراتر نهد، وگرنه اخلاق حسنه در خانواده با نظم عمومی چنان ارتباط دارد که نمی توان آن دو را در برابر هم مستقل شمرد.

منابع و مآخذ

الف) کتب

- احمدی واستانی، عبدالغنی،۱۳٤۱. **نظم عمومی در حقوق خصوصی**، انتشارات ابن سینا، چاپ اول، تهران.
- امامی، سید حسن،۱۳۸٤. **حقوق مدنی**، جلد های٤ و ٥، انتشارات اسلامیه، چاپ هجدهم، تهران.
- انصاری، مرتضی،۱۳۷۲. **کتاب ازدواج**، جلد اول، انتشارات لجنه التحقیق، چاپ اول.
- بازگیر، یدالله،۱۳۷۸. **قانون مدنی در آینه دیوان عالی کشور(حقوق خانواده)**، جلد دوم، انتشارات فردوسی، چاپ اول، تهران.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر،۱۳٤۰. **تاثیر اراده در حقوق ایران**، انتشارات ابن سینا، چاپ اول، تهران.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۸. **ترمینولوژی حقوق**، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و یکم، تهران.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر،۱۳۸٦. **حقوق خانواده**، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، تهران.
- جلالی، سید مهدی،۱۳۸۸. **اختیار زوجه در طلاق**، انتشارات خرسندی، چاپ اول، تهران.
- حائری شاهباغ، سید علی،۱۳۷٦. **شرح قانون مدنی**، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، تهران.
- رودیجانی، محمد مجتبی،۱۳۹۰. **وکالت در طلاق**، انتشارات کتاب آوا، چاپ سوم، تهران.
- شمس الدین، محمد جعفر،۱۳۹۱. **فقه تطبیقی:ازدواج و طلاق در مذاهب پنج گانه اسلامی**، ترجمه محمد رضا واحدی، انتشارات خرسندی، چاپ اول، تهران.
- صفایی، سید حسین،۱۳۸۲. **دوره مقدماتی حقوق مدنی:قواعد عمومی قراردادها**، جلد اول، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران.
- صفایی، سید حسین. امامی، اسدالله، ۱۳۸۸. **مختصر حقوق خانواده**، انتشارات میزان، چاپ هجدهم، تهران.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸٤ **حقوق خانواده**، انتشارات میزان، چاپ چهارم، تهران.
- کاتوزیان، ناصر،۱۳۸۸. **قانون مدنی در نظم کنونی**، انتشارات میزان، چاپ بیست و دوم، تهران.
- کاتوزیان، ناصر،۱۳۹۰. **قواعد عمومی قراردادها**، جلد یک، انتشارات سهامی انتشار، چاپ ششم، تهران.
- کاتوزیان، ناصر،۱۳۸٥. **مقدمه علم حقوق**، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهل و نهم، تهران.
- کاتوزیان، ناصر،۱۳۹۱. **نظریه عمومی تعهدات**، انتشارات میزان، چاپ ششم، تهران.

- محقق داماد، سید مصطفی،۱۳۷٦. **تحلیل فقهی حقوق خانواده ازدواج و انحلال آن**، انتشارات علوم انسانی، چاپ ششم، تهران.
- مرسلی، یدالله،۱۳۸۹. **نظم عمومی در اعمال حقوقی**، انتشارات جنگل، چاپ اول، تهران.
- مطهری، مرتضی،۱۳۹۰. **مجموعه آثار نظام حقوق زن در اسلام**، جلد نوزدهم، انتشارات صدرا، چاپ بیست و یکم، تهران.
- موسوی خمینی، سید روح الله،۱۳۸۳. **تحریرالوسیله**، جلد دوم، انتشارات آثار امام خمینی(ره)، قم.
- موسوی مقدم، محمد،۱۳۹۱. **انحلال عقد ازدواج(فسخ،ابطلال،طلاق)**، انتشارات حقوق امروز، چاپ اول، تهران.
- میر محمد صادقی، حسین،۱۳۸۸. **جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی**، انتشارات میزان، چاپ سیزدهم.

ب) مقالات

- آقاسی، علیرضا،۱۳۸۷. **شرح و بررسی ماده(۱۰۳۵)قانون مدنی**، ماهنامه دادرسی، شماره هفتاد.
- ابدالی، مهرزاد، تفرشی، محمد عیسی،۱۳۸۳. **بررسی قراردادهای نامشروع(مغایر نظم عمومی)در فرانسه،انگلیس و ایران**، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره سی و هفت.
- اخباریه، هانیه،۱۳۸۷. **اثر اذن ولی در ازدواج دختر**، معاونت حقوقی و امور مجلس.
- اسدی، لیلا،۱۳۸۲. **آثار حقوق طلاق به در خواست زوج**، ماهنامه فقه و حقوق خانواده، شماره بیست و نه.
- الفت، نعمت الله،۱۳۸٤. **نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد**، نشریه فقه و حقوق، شماره هفت.
- ایرانشاهی، علیرضا،۱۳۹۰. **بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بررای داوری**، مجله حقوقی بین الملل، شماره چهل و چهار.
- توکلی کرمانی، سعید،۱۳۷٦. **خواستگاری و نامزدی**، ماهنامه دادرسی، شماره سه.
- دیانی، عبدالرسول،۱۳۸۲. **نامزدی**، ماهنامه دادرسی، شماره چهل و یک.
- صادقی، محسن،۱۳۸٤. **مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه های نوین آن.**
- صالحی، محمد،۱۳۸۱. **مباحثی ار حقوق خانواده(شرح و تفسیر موادی از قانون مدنی)**، ماهنامه دادرسی، شماره سی و دو.
- عبدی پور، ابراهیم،۱۳۸۸. **تعدد زوجات**، فصلنامه فقه و حقوق، شماره بیست.

- عظیمی گرگانی، هادی، پورضا، آرمان،۱۳۸۹. **حقوق زوجین پس از طلاق**، نشریه فقه و اصول، شماره بیست و سه.
- غیاثی ثانی، اعظم، بجنوردی، سید محمد موسوی،۱۳۸۷. **سن ازدواج دختران در مبانی حقوق اسلامی،** ماهنامه فقه و حقوق خانواده، شماره چهل و هشت.
- قاسم زاده، سید مرتضی،۱۳۷۹. **اثر حقوقی خواستگاری و ضمانت اجرای آن**، فصنامه دیدگاه های حقوقی قضایی، شماره بیست.
- کشوری، عیسی،۱۳۷۳. **ماهیت طلاق به حکم دادگاه**، مجله حقوق دادگستری، شماره یازده.
- لبانی مطلق، محمد صادق،١٣٨٤. **موانع ازدواج در حقوق ایران و فرانسه**، نشریه گواه، شماره پنج.
- لطفی، اسدالله، قربانی، فتح الله،۱۳۸۸. **خواستگاری از دیدگاه فقه و مذاهب اسلامی**، فصلنامه مباحث بانوان شیعه، شماره بیست.
- محقق داماد، مریم سادات،۱۳۸۳. **تأثیر انحلال عقد ازدواج بر شروط ضمن آن**، نشریه فلسفه و کلام، شماره نه.
- محلاتی، محمدسروش،۱۳۸۷. **ابهامات فقهی_حقوقی وکالت زوجه در طلاق**، فصلنامه فقه و حقوق، شماره هجده.
- مقدادی، محمدمهدی،۱۳۸۳. **خواستگاری در فقه و حقوق**، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، شماره بیست و پنج.
- مهرابی، مهرناز،۱۳۸۰. **بررسی حقوقی نامزدی**، دوفصلنامه حکمت سینوی، شماره هفده.
- مهرپور، حسین،۱۳۷۸. **وضعیت متفاوت زن و مرد نسبت به فسخ ازدواج و دیدگاه امام خمینی(ره) در این باره،** فصلنامه نامه مفید، شماره بیست.
- میر شمسی، فاطمه،۱۳۸۷. **شروط ضمن عقد ازدواج(بررسی و مقارنه مواردی از آن در فقه امامیه و اهل سنت)،** پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره یک.
- نوین، پرویز،١٣٨٦. **نظم عمومی در حقوق**، فصلنامه کانون وکلاء، شماره صدو نودو دو.
- هاشمی شیخ شبانی، سید محسن،۱۳۹۱. **بهداشت قضایی**، روزنامه جام جم، شماره خبر ١٠٠٨٢٤٢١٤٥٢٥.
- هدایت نیا، فرج الله،۱۳۸۵. **اشتغال زنان و مصلحت خانواده در قانون مدنی**، نشریه مطالعات راهبردی زنان، شماره سی و چهار.